REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXLIII

DERECHOS

Gráficas "Rehabilitación del Recluso", Penicentral

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

SALA PLENA

Doctor Juan Benavides Patrón, *Presidente*
Doctor Aurelio Camacho Rueda, *Vicepresidente*
Doctor Heriberto Caycedo Méndez, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor José María Esguerra Samper, *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 Luis Enrique Romero Soto, *Presidente*
Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

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 María Velasco Guerrero

SALA LABORAL

Doctor Miguel Angel García B., *Presidente*
Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

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

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Guillermo González Charry, *Presidente*
Doctor Luis F. Serrano, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

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

RELATORES: Doctores

Héctor Roa Gómez, Sala Civil
Jaime Bernal Cuéllar, Sala Penal
Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral
Rodolfo Mora Mora, Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL: Dr. HERNAN PRIETO RINCON
RELATORA SALA CONSTITUCIONAL: Dra. MARIA TERESA DE ANGEL

TOMO CXLIII — Bogotá - COLOMBIA — Julio a Diciembre de 1972 — Nos. 2358 a 2363

Sala de Casación Civil



CASACION

Requisitos formales de la demanda.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

En cumplimiento de lo preceptuado por el inciso 4º del artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, procede la Corte a decidir si la demanda de casación, que ha sido oportunamente presentada por la entidad recurrente en este proceso ordinario, reúne los requisitos formales legalmente necesarios para su admisión.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 5 de mayo de 1970 Ena Rodríguez de Uribe, Samuel y Carlos Uribe Escobar demandaron ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín a la sociedad "Londoño Restrepo & Cía. Ltda.", para que se declarase que les adeuda el valor de las acciones que le entregaron para su venta, junto con los intereses "más los dividendos que han producido y produzcan".

En subsidio de lo anterior, solicitaron que la entidad demandada sea condenada a restituir a los demandantes las acciones que de éstos recibió, más sus dividendos, los intereses correspondientes y los perjuicios causados "por la forma negligente, descuidada y culposa como manejó los negocios" que le encomendaron.

2. Como causa para pedir, alegaron los actores, que durante los meses de julio y agosto de 1969, mediante la suscripción de las respectivas cartas de traspaso, entregaron a "Londoño Restrepo & Cía. Ltda.", miembro de la Bolsa de Medellín, los títulos correspondientes a determinado número de acciones, de las cuales ellos eran propietarios, con el fin de qúe fueran vendidas; que

el comisionista efectivamente las enajenó pero que su valor no lo pagó a los demandantes, sino a Luis Sierra Tobón Compañero de oficina de Jorge Alonso Restrepo quien a su vez es socio de la entidad demandada; que al actuar así, dicha compañía "excedió en forma casi inverosímil sus obligaciones y deberes" de comisionista; que se ha negado, pretextando haber hecho el pago a la persona diputada por los comitentes para recibir, a cubrir el valor obtenido con la venta de las acciones; y que el citado Sierra Tobón nunca tuvo el carácter de mandatario de ellos, ni por tanto facultad para recibir en su nombre.

3. Surtida la primera instancia del proceso con oposición de la demandada, el juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 13 de mayo de 1971, mediante la cual se inhibió para decidir la controversia planteada por considerar que la demanda trae indebida acumulación de pretensiones.

4. Apelada esta resolución por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo de 7 de marzo del presente año, revocó el apelado y en su lugar accedió a las súplicas impetradas subsidiariamente en la demanda.

Fundóse la decisión del ad-quem, primeramente, en que por estar el proceso regularmente estructurado, es pertinente proferir en él sentencia de mérito, a lo cual procedió previa la consideración de que "ya no es dable afirmar que habiéndose dictado sentencia inhibitoria de primera instancia, sea preciso sustituirla por una de mérito también de primera instancia, para que ésta no se pretermita, ya que por definición la apelación tiene la virtud de que la sentencia formal apelada pueda cambiarse por una de mérito, según el contexto del artículo 350".

Segundamente, estimó el Tribunal que encontrándose acreditada la comisión conferida por los demandantes a la demandada y el incumplimiento de ésta de las obligaciones emanadas del mandato, ya que no justificó que hubiese hecho el pago a persona con autorización para recibirlo a nombre de los acreedores, debía acoger las peticiones formuladas al respecto.

5. Contra esta providencia propuso el recurso de casación la demandada, que, concedido por el Tribunal, fue declarado admisible por la Corte en auto de 29 de mayo pasado, ordenando el traslado a la sociedad recurrente por el término legal, dentro del cual ésta presentó el libelo acusatorio que ahora se considera en su aspecto formal, a fin de determinar si admite estudio de fondo.

III

La demanda de casación

En tres capítulos diferentes formúlanse tres cargos contra la sentencia de segundo grado, todos con fundamento en la causal primera.

Cargo primero

1. Está planteado así: "La sentencia acusada viola por falta de aplicación el artículo 3º del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) y por interpretación errónea, el artículo 350 del mismo Código (Causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil)".

2. En desarrollo del cargo, el censor asevera que al infirmar la sentencia inhibitoria apelada para dictar en su lugar un fallo de mérito, el Tribunal interpretó erradamente el artículo 350 del C. P. C., lo que lo condujo a infringir, por falta de aplicación al caso, el texto del artículo 3º del mismo estatuto. Agrega, refiriéndose al primero de estos preceptos, que él "lo único que dice es que el superior revoca o reforma la providencia del inferior, pero si la sentencia de éste es de forma y la revoca, debe, para dar aplicación al Art. 3º, remitirla nuevamente; es ésta la única manera de hacer efectivas esas dos instancias que deben tener todos los procesos".

Segundo cargo

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "La sentencia acusada viola por aplicación indebida los artículos 1634 y 1638 del Código Civil, y por falta de aplicación los artículos 1º, 10, 20, 182, 383 y 386 del anterior Código de Comercio Terrestre (causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil)".

2. En desenvolvimiento de este cargo, expresa el impugnador, que como de acuerdo

con el artículo 20 del C. de Co., la comisión y las operaciones de bolsa son actos mercantiles, las controversias que de ellos surjan, deben regirse por las leyes de comercio; que, por tanto, no procede aplicar en este caso ni el artículo 1634, ni el 1638 del Código Civil.

Y luego de transcribir partes de los preceptos 1º, 182 y 383 del antiguo Código de Comercio, afirma el impugnador que no habiendo designado los comitentes en este caso "ningún medio para el envío del saldo que resultare a su favor, como puede verse en el expediente", el comisionista debía hacerlo por "los medios de uso general".

3. Después de referirse a los testimonios rendidos en el proceso por Alberto Alvarez Soto, Carlos Bravo López, Edward Correa Botero y Enrique Cárdenas Ponce, cuyas declaraciones transcribe en parte, el impugnante remata la formulación de esta censura, así: "De lo anterior surge claramente que el pago hecho a una persona que, como el señor Sierra Tobón, había llevado las acciones con las correspondientes cartas de traspaso, es un pago hecho en debida forma".

Cargo tercero

1. En el planteamiento de este cargo, dice el recurrente: "La sentencia acusada no apreció la prueba consistente en los endosos hechos por los señores Samuel y Carlos Uribe Escobar, en los cheques girados a su favor por 'Londoño Restrepo Cía. Ltda.' y así incurrió en error de derecho, pues dejó de aplicar el artículo 4º de la Ley 46 de 1923".

2. A intento de fundarlo, expresa el censor que en el proceso "aparecen los cheques girados a favor de los señores Uribe Escobar, debidamente endosados por ellos": y que el Tribunal "en ningún lugar de su sentencia apreció esta prueba, la cual, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, hace presumir auténticos los endosos, y quien alegue su falsedad debe probarla, cosa que no ha ocurrido en el presente juicio".

III

Consideraciones de la Corte

1. Mediante el recurso de casación, que persigue como fin primordial unificar la jurisprudencia, velando por la recta inteligencia y debida aplicación de la ley, y que además busca reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia así impugnada (Art. 365 C. de P. C.), se somete el fallo respectivo al juicio de la Corte Suprema, para que ésta, dentro de los precisos límites de los cargos formulados, decida si la sentencia es o no violatoria, ora de la ley sustancial o ya de las normas procesales que consagran garantías de orden público. Pero para que estos fines puedan alcanzarse, para que le sea dado a la Corte entrar a decidir el recurso en el fondo, ya que no se trata de una tercera instancia, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente la respectiva demanda a manera de alegato de conclusión, sino que es necesario que ésta llene los requisitos formales exigidos por la ley.

Si, como lo ha expuesto la Corte en repetidas oportunidades, en esencia la casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se trata entonces de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo.

De ahí que el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil vigente hoy, como también lo exigía el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, preceptúe que la demanda de casación, para ser admisible, debe contener, entre otros requisitos, "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera". Y agrega esta misma norma que "cuando se alegue que la infracción se cometió como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, deberá determinarse cuáles son éstas, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de norma sustancial".

2. Como todo cargo que se formule en casación, con base en el motivo primero, ha de fundarse inexcusablemente en la violación de norma de derecho sustancial, o sea de aquélla que, en razón de una situa-

ción fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación, para la admisibilidad de su demanda el recurrente está obligado, en este caso, a señalar, individualizándolos, cada uno de los textos de derecho sustancial que considere infringidos, indicando también el concepto en que los repute vulnerados.

3. Sin embargo, de fundarlos ambos en la causal primera, en los cargos primero y tercero, que en su demanda formula contra la sentencia del Tribunal, el recurrente no cita en ninguno de ellos como violada norma sustancial alguna, y esta omisión es de suyo suficiente para que su formulación no venga ajustada a la preceptiva técnica del recurso extraordinario.

Los artículos 3º y 350 del Código de Procedimiento Civil, que en el cargo primero el impugnante cita como infringidos, son normas esencialmente procesales y no sustanciales, por cuanto se limitan a regular la actividad in procedendo, al consagrar, el uno el principio de las dos instancias, el otro los fines de la apelación y el interés para interponer este recurso. Siendo pues disposiciones puramente adjetivas, su desconocimiento no puede por sí solo estructurar un cargo en casación, con fundamento en la causal primera, mientras no se afirme y se demuestre su repercusión en el quebranto de otro precepto que sea atributivo de un derecho subjetivo, el cual necesariamente debe señalarse como violado.

El artículo 4º de la Ley 46 de 1923, único que cita el recurrente en el cargo tercero como violado por la sentencia del Tribunal, se limitaba a consagrar la presunción de autenticidad de las firmas puestas en los instrumentos negociables. Era por tanto norma de carácter probatorio, cuya infracción tampoco es bastante por sí sola para casar una sentencia, con apoyo en la causal primera.

4. El cargo segundo de la demanda tampoco se conforma con todas las exigencias legalmente necesarias para su admisión: no cumplió el recurrente con el deber que le incumbe de ser preciso y terminante en la proposición y fundamento de la censura.

En efecto. Si bien algunos de los preceptos cuyo quebranto se denuncia en este cargo, pueden calificarse como sustanciales, fundándose la acusación, según se desprende de su desarrollo, en violación indirecta, es lo cierto que no se determina la clase de error que habría cometido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial, si de hecho o de derecho, ni su influencia en la infracción de las normas sustanciales, tal cual lo exige el precitado artículo 374 en su última parte.

Ha dicho esta corporación que "el recurrente, como acusador que es de la sentencia de segunda instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con éstos, pueda decidir el recurso, sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación planteada sin acierto, lo cual no entra en sus poderes" (CVII, 86).

5. Síguese de todo lo dicho que por no satisfacer la demanda de casación de que aquí se trata, los requisitos formales legalmente necesarios para su estudio de fondo, debe declararse desierto el recurso, tal cual lo preceptúa para el caso el inciso 4º del artículo 373 del C. de P. C., cuyo fundamento racional y jurídico está en el principio de economía procesal.

IV

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de siete (7) de marzo del presente año, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y ordena devolver el expediente a dicha Corporación.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SOCIEDAD CONYUGAL

La sucesión ni la sociedad conyugal son personas morales. — La liquidación provisional de la sociedad conyugal, no puede referirse a bienes adquiridos con posterioridad al 1º de enero de 1933.

—

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

(Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el 31 de agosto de 1970, en el proceso ordinario que Nelly Bonilla Naranjo y otros entablaron contra Juan de Dios Londoño Mejía y otros.

Antecedentes

Nelly y Ancízar Bonilla Naranjo, obrando en su propio nombre, y Emperatriz Gil de Bonilla, en representación de sus menores hijos legítimos Sonia María, Beatriz, Jairo Alberto y Edgar Bonilla Gil, presentaron demanda ordinaria ante el Juez Promiscuo del Circuito de Armenia, contra Juan de Dios Londoño Mejía, Hebert Londoño Uribe y María Isaura Naranjo de Bonilla, ésta última en su calidad de cónyuge sobreviviente de Valentín Bonilla García, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que es nula la adjudicación de los inmuebles consistentes en: a) Una finca rural denominada "El Recreo"; b) Otra finca rural también denominada "El Recreo"; y c) Un predio denominado "La Concha", todos ubicados en jurisdicción de Calarcá y cuyos linderos aparecen debidamente especificados. Dichos inmuebles fueron materia de la partición provisional de bienes efectuada entre los cónyuges Valentín Bonilla García y María Isaura Naranjo de Bonilla, que consta en la escritura 1396 del 23 de septiembre de 1948 de la Notaría 3ª de Armenia;

2ª Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se ordene la cancelación, en lo pertinente, de la escritura pública cuya anulación se solicita, lo mismo que de su respectiva inscripción en la Oficina de Registro de Calarcá;

3ª Que igualmente y como consecuencia de la primera declaración impetrada, la sociedad conyugal disuelta que Valentín Bonilla García tuvo con María Isaura Naranjo de Bonilla, representada en la actualidad por ésta última, como cónyuge sobreviviente, y por los herederos de Bonilla García que lo son Heriberto, Isaura, Flavia, Aliria, Azaela, Nelly, Ancízar y Valentín Bonilla Naranjo, representados los derechos del último por sus hijos legítimos Sonia María, Beatriz, Jairo Alberto y Edgar Bonilla García, son dueños exclusivos de los inmuebles de que trata la súplica anterior, y tienen sobre ellos mejor derecho que Juan de Dios Mejía (sic) y Hebert Londoño Uribe;

4ª Que consecuencialmente Juan de Dios Londoño Mejía y Hebert Londoño Uribe, están obligados a entregar los inmuebles en cuestión a los dueños expresados en la súplica anterior, dentro del plazo que se fije en la sentencia, con todas sus mejoras, anexidades y dependencias, y con los respectivos frutos naturales y civiles que se perciban a partir de la contestación de la demanda, considerando a los demandados como poseedores de buena fe, y

5ª Que se condene en costas a la parte demandada.

Resumiendo, apoyan su pretensión los demandantes en las siguientes afirmaciones:

A. Valentín Bonilla García contrajo matrimonio católico en Calarcá con María Isaura Naranjo el 16 de agosto de 1917, y de dicho matrimonio nacieron los siguientes hijos: Heriberto, Isaura, Flavia, Aliria, Azaela, Nelly, Ancízar y Valentín Bonilla Naranjo, todos los cuales se encuentran vivos, excepto el último quien murió en Armenia, estando casado con Emperatriz Gil de Bonilla y dejando los siguientes hijos legítimos: Sonia María, Jairo Alberto, Edgar y Beatriz Bonilla Gil;

B. La sociedad conyugal formada por los esposos Bonilla-Naranjo se disolvió por muerte del cónyuge Bonilla García, ocurrida el 11 de enero de 1955, a quien le sucedieron como herederos sus hijos ya relacionados, todos en forma directa, excepto los menores Bonilla Gil, herederos por transmisión de su padre legítimo Valentín Bonilla Naranjo, fallecido con posterioridad al causante Bonilla García. El respectivo proceso de sucesión se inició en uno de los Juzgados del Circuito de Armenia;

C. Durante la vigencia de la sociedad conyugal que tuvieron los esposos Valentín Bonilla y María Isaura Naranjo, el cónyuge Bonilla García adquirió, entre otros, los bienes objeto del presente pleito, y que en su orden los hubo así: a) "El Recreo", en el Municipio de Calarcá, por compra a Ana de Jesús Ceballos de López, según escritura 1186 del 23 de agosto de 1948 de la Notaría 3ª de Armenia; b) "El Recreo", en el pasaje de "El Carnicero", Municipio de Calarcá, por partición con Tomás Vélez Marulanda, según escritura 784 del 8 de octubre de 1947 de la Notaría 2ª de Calarcá; y c) "La Concha", también en jurisdicción del mismo Municipio, por adjudicación en el sucesorio de José Silverio Orozco y como cesionario de los derechos de todos los herederos, debidamente aprobada por sentencia del 12 de marzo de 1945, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá y debidamente ejecutoriada y registrada. El proceso de la referida sucesión está protocolizado por escritura 355 del 14 de junio de 1945 de la Notaría 2ª de Calarcá;

D. Mediante la escritura 1396 del 23 de septiembre de 1948 de la Notaría 3ª de Armenia, debidamente registrada, los cónyuges Valentín Bonilla García y María Isaura Naranjo de Bonilla, invocando la facultad conferida por el Art. 7º de la Ley 28 de 1932, efectuaron partición provisional de bienes de la sociedad conyugal que tenían formada, partición en la que incluyeron, entre otros, los relacionados en la afirmación anterior, los cuales había adquirido a título oneroso el cónyuge Bonilla García con posterioridad a la vigencia de la citada ley;

E. Los mencionados bienes, objeto de la demanda, conjuntamente con otros, le fueron adjudicados, mediante la referida partición provisional, a la cónyuge María Isaura Naranjo de Bonilla;

F. En atención a que dichos bienes habían sido adquiridos por el cónyuge Valentín Bonilla García a título oneroso y con posterioridad al año de 1932, los cónyuges Bonilla Naranjo no podían someterlos legalmente a la referida distribución provisional, pues la facultad conferida por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, sólo comprende bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia de dicha ley. Consecuencialmente la adjudicación que de ellos se efectuó a la cónyuge Naranjo de Bonilla, implicó enajenación de inmuebles entre cónyuges, acto absolutamente nulo al tenor de los artículos 1852 del Código Civil y 3º de la Ley 28 de 1932. Esta nulidad, conforme al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, puede declararse de oficio o a petición de parte interesada;

G. Después de adjudicados a la cónyuge María Isaura Naranjo de Bonilla, los bienes en cuestión, ésta procedió a enajenarlos así: los descritos en los literales a) y b) a José J. Marín, a título de venta mediante escritura 559 del 14 de abril de 1950 de la Notaría 3ª de Armenia, y el del literal c) a Manuel María Moreno Sánchez, a título de dación en pago por escritura 819 del 16 de mayo de 1950, aclarada por la 883 del 1º de junio de ese mismo año, ambas extendidas en la misma Notaría y debidamente registradas;

H. Como resultado de sucesivas transferencias, dichos inmuebles están actualmente en cabeza de Juan de Dios Londoño Mejía y Hebert Londoño Uribe, así: el predio de que trata el literal a), por compra que en común y proindiviso le hicieron a Omar Ruiz Castellanos mediante escritura 1148

del 5 de noviembre de 1963 de la Notaría 2ª de Calarcá; y los inmuebles de que tratan los literales b) y c), por compra que en común y proindiviso le hicieron a Arcesio Muñoz Serna por escritura 568 del 18 de junio de 1963 de esa misma Notaría. Los Londoño son poseedores materiales de los referidos inmuebles;

I. En razón del viciado título con que adquirió la cónyuge María Isaura Naranjo de Bonilla los inmuebles en referencia, todas las posteriores transferencias de ellos, con inclusión de los títulos de sus actuales poseedores materiales e inscritos, carecen de validez y entrañan operaciones afectadas de la misma nulidad inicial o, cuando menos, ventas o transferencias de cosas ajenas, sin que los títulos respectivos sean oponibles a los demandantes, pues en virtud del registro que le dió publicidad al acto de donde arranca la nulidad, no es posible alegar ignorancia o desconocimiento de ella;

J. Emerge de todo lo anterior el derecho de los demandantes para solicitar la declaratoria de nulidad de la transferencia efectuada entre los cónyuges Bonilla-Naranjo sobre los inmuebles en cuestión, por ser causahabientes a título universal del fallecido Valentín Bonilla García. Y declarada tal nulidad, queda rota la cadena de títulos, teniendo que volver las cosas a su estado anterior, como si el contrato no se hubiera celebrado, con lo cual desaparecen los efectos que haya podido producir. Por tanto los actuales poseedores materiales e inscritos de tales bienes quedan en la obligación, por ineficacia de sus títulos, de restituirlos a sus verdaderos propietarios, es decir, a la sociedad conyugal disuelta Bonilla-Naranjo, representada hoy por la cónyuge sobreviviente señora María Isaura Naranjo de Bonilla y por los herederos del causante Valentín Bonilla García; y

K. La solicitada restitución de los predios descritos, comprende la de los respectivos frutos naturales y civiles de acuerdo con la ley sustancial, e igualmente dicha restitución debe efectuarse liberándolos de cualquier gravamen o limitación de dominio que los afecte, dada la ineficacia de los títulos de quienes han venido figurando como presuntos dueños.

Se trabó la litis con oposición de los demandados Londoño Mejía y Londoño Uribe, quienes propusieron la excepción de prescripción, y además manifestaron haber adquirido con justo título y buena fe.

Asimismo, denunciaron el pleito a Omar Ruiz Castellanos y Arcesio Muñoz Serna, y éste último también lo denunció a Oscar Montoya Isaza y Leda Jaramillo, ni a Ruiz ni a los dos últimos se les notificó la denuncia.

La excepción de prescripción la hicieron consistir en que "a partir de los adquirentes señores Juan de Dios Londoño Mejía y Hebert Londoño Uribe, sus tradentes en la cadena ininterrumpida de títulos, lo han sido con justo título y de buena fe; lo primero por existir los títulos traslaticios de dominio debidamente extendidos y registrados en forma legal y, lo segundo, por haber tenido el convencimiento pleno, de haber adquirido los bienes a que se refieren aquellos títulos, de las personas que tenían la facultad de enajenarlos en forma legal".

El Juzgado Primero Civil del Circuito desató la instancia el 21 de noviembre de 1969, mediante fallo inhibitorio por considerar incompleta la integración de la parte demandante, una vez que al pedirse la nulidad en referencia para la sociedad conyugal que fue formada entre Valentín Bonilla y María Isaura Naranjo, en la cual actualmente son copartícipes la cónyuge sobreviviente últimamente citada y los herederos del esposo fallecido, todos estos herederos y no solamente los demandantes, han debido comparecer al proceso. El Juzgado menciona como herederos de Valentín Bonilla García, que no han figurado en el proceso, a Heriberto, Isaura, Flavia, Aliria y Azaela Bonilla Naranjo.

Por apelación de los demandantes se abrió la segunda instancia, que terminó con sentencia confirmatoria del Tribunal de Armenia.

Los demandantes interpusieron contra dicha sentencia el recurso de casación de que se ocupa ahora la Corte.

Motivaciones de la sentencia del Tribunal

Pueden resumirse así:

Comienza por considerar que el objeto "nulidad del acto" es de por sí indivisible,

pues no se puede declarar en relación con algunos de los intervinientes (causahabientes de ellos) y dejar de declararla frente a otros. "El acto jurídico es nulo para todos los que en él intervinieron o no lo es; pero no puede dársele un efecto doble: de validez para algunos y de nulidad o invalidez para los demás".

Pasa luego a comentar que es característica de las obligaciones y derechos indivisibles, la de que sólo puedan exigirse por todos o contra todos los obligados o titulares, fenómeno que se distingue de la solidaridad activa o pasiva, en la cual uno cualquiera de los deudores o acreedores puede ser sujeto activo o pasivo de la totalidad del respectivo derecho u obligación. "La indivisibilidad pertenece a la naturaleza de ciertas obligaciones y derechos, en tanto que la solidaridad es una modalidad de responsabilidad que puede predicarse respecto a cualquier clase de obligaciones".

Después de comentar doctrinas de la Corte y de algunos tratadistas sobre el fenómeno del litis-consorcio, concluye que es evidente que, siendo los herederos del contratante titulares de cuota en la universalidad jurídica herencial, ninguno de ellos en particular tiene facultad para demandar la nulidad del contrato celebrado por su causante, si se tiene en cuenta que tal solicitud constituye un objeto "inescindible, unitario, indivisible", en forma tal que ninguno de dichos herederos puede por sí solo impetrar su declaración. "Todos a una los herederos de una persona representan su voluntad en entredicho o discutida en el proceso anulatorio, por manera que uno o varios de ellos no son titulares, con exclusión de los demás, de la representación de esa voluntad que se pretende invalidar por atacársela de contraria a la ley".

Refiérese luego a que, además de los demandantes, también son hijos legítimos y herederos del causante Heriberto, Isaura, Flavia, Azaela y María Aliria, a quienes no se les ha llamado a participar en el debate.

Seguidamente considera que de pronunciarse fallo de mérito decretando la nulidad solicitada, se produciría la contradicción de que el acto impugnado sería nulo "frente a los litigantes comparecientes y válido ante los ausentes". Y termina diciendo que como al proceso no han asistido todos los herederos del causante que participó en el acto tachado de nulidad, la decisión de segunda instancia debe confirmar la inhibitoria de primera, por las razones expuestas y por no ser aceptables los argumentos de la parte demandante, que adujo que los herederos ausentes del proceso no comparecieron a él por no estar interesados en la declaratoria de nulidad, y además, que siendo ésta absoluta puede y debe declararse de oficio.

Tales últimos argumentos los rechaza el Tribunal por considerar, respecto del primero, que la falta de interés no está demostrada y por ésto no puede aceptarse, pues se trataría de una renuncia de derechos que requiere expresa conformidad; y en cuanto al segundo, por estimar que la declaratoria oficiosa de nulidad no sólo requiere que ésta aparezca de manifiesto en el mismo acto o contrato que se pretende invalidar, sino además que concurran al proceso todos los que fueron parte en dicho acto, circunstancias que no encuentra cumplidas en el caso sub-judice. Y aclara que la sentencia de primera instancia no es acertada al calificar la indebida integración del contradictorio como "falta de legitimación en causa", sino que debe dársele el tratamiento de "ineptitud de la demanda".

La demanda de casación

En el ámbito de la causal primera, en el único cargo se acusa la sentencia como violatoria directamente, por falta de aplicación, de los artículos 1º y 3º de la Ley 28 de 1932; 180, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964, 1155, 1523, 1741, 1746 y 1748 del Código Civil; y 2º de la Ley 50 de 1936. Y también, por aplicación indebida de los artículos 7º de la Ley 28 de 1932, 205 y 209 del Código Judicial.

Con acopio de citas jurisprudenciales la censura considera, en síntesis, que la liquidación provisional de las compañías conyugales constituidas antes del 1º de enero de 1933, solamente puede tener por objeto bienes que constituyan el haber de tales sociedades antes de esa fecha, pues los adquiridos con posterioridad se rigen por las normas de la Ley 28 de 1932 y no pueden ser materia de distribución provisional; y que los inmuebles, habiendo ingresado al

haber social después del 1º de enero de 1933, no pueden ser objeto de liquidación y distribución provisionales, porque tal acto, entrañaría disposición de los mismos y quedaría cobijado por la prohibición del Art. 3º de la Ley 28 de 1932.

Apoyado en lo anterior, recalca la nulidad en que incurrieron los cónyuges Bonilla-Naranjo, casados en 1917, cuando en 1948 se propusieron liquidar voluntariamente su sociedad conyugal, y distribuyeron bienes raíces sociales, adquiridos por el marido a título oneroso, en 1945, 1947 y 1948, los cuales fueron adjudicados a su esposa, y hoy son materia del pleito.

Y en lo que respecta a la indebida integración del contradictorio deducida por el Tribunal, igualmente estima la censura, con abundante recuento de doctrinas de la Corte, que si por lo general es obligatoria la comparecencia de todos los comuneros cuando se trata de "una comunidad demandada" no ocurre lo propio cuando se trata de "comunidad demandante", pues en esta hipótesis "el copartícipe que obra en juicio en provecho de la indivisión, lo hace con un interés que es común a los demás consortes, de forma que si tal interés prospera resultan éstos también beneficiados con el fallo favorable".

Concluye que, como los demandantes actúan como herederos de Valentín Bonilla García, para invocar las acciones de nulidad y reivindicación "no en beneficio propio y singular de cada uno de ellos, sino en provecho de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, convertida en una comunidad universal", ello significa que no es indispensable la concurrencia al proceso de todos los herederos del cónyuge fallecido, ni que tales pretensiones exijan, sine qua non, litis consorcio necesario activo, "desde luego que cada comunero puede actuar en provecho de la comunidad en general".

Y remata el cargo considerando que, al no faltar ninguno de los presupuestos procesales, el Tribunal ha debido pronunciarse de mérito y no en la forma inhibitoria que lo hizo, con quebranto de los artículos 205 y 209 del Código Judicial, indebidamente aplicados. Esta infracción condujo al desconocimiento de los artículos 180, 1523, 1741 y 1744 del Código Civil, 1º y 3º de la Ley 28 de 1932 y 2º de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, al olvidar la existencia de la sociedad conyugal Bonilla-Naranjo, y al no declarar la nulidad absoluta del acto de liquidación provisional de dicha sociedad, en lo que respecta a los bienes inmuebles que estaban en cabeza del marido y que le fueron adjudicados a la señora Naranjo, y que hoy día son materia del litigio.

A consecuencia de todo lo anterior, agrega que el fallo acusado también violó, por falta de aplicación, los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 964, 1155, 1746 y 1748 del Código Civil, al no haber decretado la reivindicación de los predios en litigio, como consecuencia de la declaración de invalidez del acto de liquidación provisional de la referida sociedad conyugal, reivindicación cuya capacidad de ejercerla existía a favor del causante y luego vino a transmitirse a sus sucesores.

Por último, considera el impugnante que el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 fue violado por el sentenciador, al aplicarlo indebidamente, cuando en forma implícita vino a admitir la legitimidad y validez de la distribución voluntaria de los referidos bienes de los cónyuges Bonilla-Naranjo, siendo así que dicha distribución está afectada de nulidad.

Considera la Corte

En relación con la incapacidad para ser parte de la sucesión y de la sociedad conyugal ilíquidas, ha dicho la Corte que "no son, como lo tiene prevenido la jurisprudencia, personas morales ni, por tanto, sujetos de derecho; en esa virtud no son susceptibles de que respecto de ellas se predique la distinción material y jurídica existente entre la sociedad o la persona jurídica y los individuos humanos que concurran a su formación; quien dice derechos de la sociedad conyugal, expresa derechos conjuntos de los cónyuges acerca de un patrimonio común; quien habla de pedir para la herencia significa tan sólo que reclama para los herederos.

"Las locuciones sucesión y sociedad conyugal simples nomen juris, utilizando la

expresión de Ruggiero refiriéndose a la primera, no son expresivas de entidades morales capaces de comparecer en juicio para formar, como actores o demandadas, el presupuesto relativo al elemento personal de la acción; a través suyo operan intereses individuales de sujetos que para incorporar determinados bienes en su propio patrimonio, han de liquidar otros primero, porque su derecho en ellos es concurrente con el de una o varias personas, pero no porque tales figuras, aunque impliquen la existencia de patrimonios relativa y transitoriamente autónomos, constituyan elementos de personificación jurídica separada de la de los individuos físicos, cónyuges o herederos, o de los sucesores universales de aquéllos.

"Estos últimos no pueden actuar judicialmente para la sucesión o para la sociedad conyugal, como si pidieran para otro; por el contrario, es precisamente su vinculación con la herencia o con la compañía de esposos lo que les da personal interés jurídico fácilmente identificable con el representado por esos nombres para actuar por medio y a través de ellos. Así quien pide, como en el caso de autos, invocando la calidad hereditaria de uno de los cónyuges, en orden a que ciertos bienes regresen al común dominio de la sociedad conyugal ilíquida, está pretendiendo realizar el derecho de su causante, como sucesor y representante suyo; las figuras tantas veces nombradas inciden como títulos explicativos de la causa petendi, pero en caso alguno, desplazan el interés jurídico de los actores hacia otras personas o entidades capaces de pedir por y para sí lo que para ellos reclaman los primeros". (Se subraya, G. J., LXV, 614).

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

"En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular, puede promover la acción reivindicatoria en beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa común aprovecha a toda la comunidad, a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda, favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil. Y en materia de servidumbre establece el artículo 943 del mismo Código: 'Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno'.

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

De manera que en este caso no era indispensable la presencia en el proceso de todos los herederos de Valentín Bonilla García, en su carácter de demandantes, como equivocadamente lo estimó el Tribunal, puesto que los que sí comparecieron como tales lo hicieron en su calidad de herederos del causante y pidiendo para la sucesión y para la sociedad conyugal por haber recibido de aquél el autónomo derecho de accionar, encaminado a obtener la nulidad de un contrato que fue convenido entre el causante y su cónyuge.

Por tanto, debe concluirse que no es inepta la demanda de instancia y que, por

consiguiente, el Tribunal, al dictar fallo inhibitorio, violó por falta de aplicación las normas sustanciales señaladas en la censura.

En efecto: **ha sido reiterada la doctrina de la Corte en el sentido de que la facultad que el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 otorga a los cónyuges respecto de sociedades conyugales existentes con anterioridad a su vigencia, para definir judicial o extrajudicialmente lo relativo a la distribución de los bienes, solamente se extiende a los que constituían el haber de dichas sociedades** antes **del 1º de enero de 1933, fecha en que entró en vigencia tal disposición, y no a los adquiridos** con posterioridad. **Dicho artículo se refiere a sociedades conyugales** anteriores **al nuevo régimen, lo cual presupone necesariamente que los bienes adquiridos con** posterioridad **se rijan ya por el sistema de la Ley 28 de 1932. (LXXI, 437; LXXVIII, 305).**

La liquidación provisional fue apenas la forma consagrada por el legislador para ajustar el régimen de las sociedades anteriores **al** nuevo sistema, **de manera que en sana lógica, no puede tener por objeto bienes que se rigen no por el estatuto anterior sino por el actual.**

En estas circunstancias, es obvio que la liquidación provisional, efectuada por los cónyuges Bonilla-Naranjo con apoyo en el referido artículo, rebasó las facultades que les confería dicho texto, en cuanto comprendió bienes adquiridos a título oneroso por el marido, durante la vigencia de la Ley 28 de 1932. Y la adjudicación que de tales inmuebles se hizo a la cónyuge, quebrantó además la prohibición del artículo 3º de la citada ley, y por tanto quedó viciada de nulidad. La declaración judicial de ésta tiene como objeto restituir a las partes al mismo estado en que se hallaría si no hubiere existido el acto o contrato nulo, según lo dispuesto por el artículo 1746 del Código Civil.

Todo lo anterior llevaría a concluir que el fallo recurrido debe ser casado.

Se observa, empero, que los demandados Juan de Dios Londoño Mejía y Hebert Londoño Uribe, propusieron la excepción de prescripción respecto de los inmuebles sublite, enajenados por la cónyuge en 1950, acompañando copia debidamente expedida y registrada de las escrituras 568 y 1134 de 1963 de la Notaría de Calarcá, alegando justo título y buena fe y agregando a su posesión la de sus antecesores. Es de advertir que su buena fe y su carácter de poseedores se los reconoció expresamente la parte demandante en el libelo de instancia.

Mas como podría suceder que la decisión de la Corte, de acoger dicha excepción, agravaría la condición en que se hallan los recurrentes por virtud del fallo inhibitorio, ya que una sentencia de mérito adversa a sus pretensiones les impediría promover una nueva demanda, se ve en el caso de mantener el fallo recurrido, pero sin hacer condena en costas en virtud de la rectificación doctrinaria que se ha hecho.

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 dictada el 31 de agosto de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario que Nelly y Ancízar Bonilla Naranjo, y Sonia María, Beatriz, Jairo Alberto y Edgar Bonilla Gil promovieron contra María Isaura Naranjo viuda de Bonilla, Juan de Dios Londoño Mejía y Hebert Londoño Uribe.

Sin costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Contraevidencia. — Venta de cosa ajena. — El demandado, si no es poseedor, debe expresarlo así en la contestación de la demanda. — Posesión de buena fe: no se puede ser poseedor de buena fe sin tener un título constitutivo o traslaticio de dominio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., tres de agosto de mil novecientos setenta y dos.

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

Decídese el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia del 5 de marzo de 1970, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de Oscar Raúl Christian y Juan Darío Uribe Gaviria; Antonio José Uribe Portocarrero; Enriqueta (Ketty) Herrera de Abadía, y Hugo, Horacio, Honorio, Héctor, Hemelina (Nina) y Helena Herrera Ruiz, "ésta última en su propio nombre y como cesionaria de los derechos del señor Hemel Herrera Ruiz, obrando todos los Herrera Ruiz como herederos e interesados en las sucesiones acumuladas ilíquidas de los señores Juan B. Herrera y Mercedes Ruiz de Herrera", contra Armando (o Luis Martín) Uribe Arcila, Libia Uribe Arcila de Tobón, Nury Uribe Arcila de Moreno y Rubén Uribe Arcila.

I

El proceso

1. En la demanda que le dio origen se hacen las siguientes peticiones:

Principales

"a) Que se obligue a los demandados a la restitución a favor de mis mandantes del inmueble identificado en el hecho 1º de la demanda, con todas sus mejoras y anexidades, restitución que deberán hacer dentro del término de seis días después de ejecutoriada la sentencia o dentro del término legal.

"b) Que se condene a los demandados, como poseedores de mala fe, a hacer la restitución del inmueble a favor de mis mandantes, con todos sus frutos naturales o civiles y no sólo los percibidos, sino los que los dueños hubieren podido percibir, con mediana inteligencia, teniendo la cosa en su poder, desde la fecha de la ocupación del inmueble y en proporción a los derechos que cada uno de los demandantes tiene en él.

"c) Que se ordene la inscripción del fallo correspondiente en el libro pertinente de la Oficina de Registro de Medellín, tan pronto quede ejecutoriado.

"d) Que se condene en costas a los demandados".

Primeras subsidiarias

"a) Que pertenece en dominio pleno y absoluto a mis mandantes..., en la proporción demostrada en el presente juicio, el inmueble identificado en el hecho 1º de la demanda.

"b), c) y d) iguales a las peticiones principales".

Segundas subsidiarias

"a) Que se obligue a los demandados a la restitución a favor de mis mandantes de las cuotas que aparezcan demostradas sobre el dominio del inmueble identificado en el hecho 1º de la demanda, en conformidad con el Art. 949 del C. C., restitución que

harán los demandados con los frutos naturales y civiles a que se refiere la petición principal de la letra b).

"b) Que se hagan las declaraciones de las letras c) y d) de la petición principal.

Terceras subsidiarias

"a) Cualesquiera de las peticiones anteriores, pudiendo el fallador entremezclarlas en la sentencia, haciendo las condenaciones totales o parciales de modo solidario contra todos los demandados o de modo divisible conforme a lo demostrado en este juicio y en favor de uno, varios o todos los demandantes.

"b) Que se condene en costas a los demandados".

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

Primero

Los demandantes son dueños, en común y proindiviso, "de una casa de habitación, con su solar correspondiente, mejoras y anexidades", ubicada en Medellín, en la esquina que forman la calle de Pichincha y la carrera Junín, comprendida en los siguientes linderos: "Por el frente, que da al Sur, con la Plazuela de San Roque, hoy Plazuela Uribe Uribe, o sea, con la calle Pichincha; por el Oriente con la calle Junín (hoy carrera Junín); por el Norte, con casa del señor Alejandro o Alejandrino Posada; y por el Occidente, con casa y corral del doctor Andrés Posada Arango". "Este inmueble consta actualmente de una casa con su puerta de entrada que da a la calle 48 (Pichincha) y está distinguida con el número 49-12; y de seis locales comerciales, dos de ellos dando frente a la calle 48 (Pichincha), distinguidos con los números 49-8 y 49-14, y los otros cuatro con frente a la carrera 49 (Junín), marcados en su puerta de entrada con los números 48-5, 48-11, 48-15 y 48-21. La casa del señor Andrés Posada Arango fue más tarde del doctor Rafael Arango Villegas y la de Alejandro o Alejandrino Posada fue también en el tiempo de propiedad de don Juan Pablo González".

Segundo

Sobre este bien raíz, los demandantes tienen los siguientes derechos proindiviso: a) La mitad pertenece, en determinadas proporciones que en el hecho se indican, a **Oscar, Raúl Christian y Juan Darío Uribe Gaviria**; b) Una cuarta parte, a **Antonio José Uribe Portocarrero**; c) Y la cuarta parte restante, a las sucesiones ilíquidas acumuladas de Juan B. Herrera y Mercedes Ruiz de Herrera, representadas por todos los demandantes **Herrera Ruiz.**

Tercero

Esta distribución de la propiedad del inmueble entre los que forman la parte demandante, fue el resultado de un juicio ordinario que se ventiló entre antecesores de éstos, en el cual la Corte Suprema hizo completo estudio del asunto.

Cuarto

Ana María Gaviria vda. de Uribe, madre de los tres demandantes Uribe Gaviria, dio la casa en arrendamiento a Rubén Uribe Arcila el 13 de febrero de 1943, según consta en carta que se acompaña, suscrita por ambos. El arrendatario "empezó a cubrir los cánones de arrendamiento con alguna regularidad y más tarde no volvió a pagarlos aprovechando unas diferencias surgidas entre los titulares del inmueble".

Quinto

El 19 de diciembre de 1952, Ana María Gaviria vda. de Uribe promovió juicio de lanzamiento contra Rubén Uribe Arcila. El juez negó las súplicas de la demanda, por no haber sido requerido el demandado en la forma legal.

Sexto

En el año de 1958, la misma señora vda. de Uribe y Antonio José Uribe Portocarrero intentaron nueva acción de lanzamiento contra Rubén Uribe Arcila, con base en la carta mencionada en el hecho cuarto y previas diligencias infructuosas para que éste reconociera su firma en ella. La demanda, por tal motivo, no fue admitida.

Séptimo

Entretanto, los demandados, o alguno o varios de ellos, habían construido los seis locales a que alude el hecho primero y los habían dado en arrendamiento a terceros, conservando para ellos el resto de la casa, cuya puerta de entrada exhibe tres letreros, así: "Laboratorio Uribe Arcila - Apartado Aéreo Nº 826", "Armando Uribe Arcila Abogado" y "Rubén Uribe Arcila - Médico y Cirujano - Genito-Urinarias y Obstetricia". "Parece lógico pensar que entre el inquilino, doctor Rubén Uribe Arcila y sus hermanos el doctor Armando Uribe Arcila y las señoritas Libia Uribe de Tobón y Nury Uribe de Moreno, se tomó la decisión y se hizo un pacto para tratar de transformar su título precario de tenencia por el de más entidad de posesión y aún en el de propiedad..., siendo fácilmente presumible que entre todos los hermanos se hayan venido lucrando de los frutos que les produce la propiedad de mis mandantes".

Octavo

A que los demandantes hayan tolerado esta situación irregular han contribuido varias circunstancias, aprovechadas por los demandados, entre ellas señaladamente la extensa tramitación del proceso ordinario de que trata el hecho tercero y la de varias causas mortuorias de antecesores de los actuales propietarios.

Noveno

El 6 de julio de 1956, Armando Uribe Arcila y Libia Uribe Arcila de Tobón, con apoyo en las disposiciones de las Leyes 120 de 1928 y 50 de 1936, pidieron que se hiciera a su favor declaración judicial de pertenencia del inmueble, objeto de este proceso, expresando desconocer "la existencia de personas o supuestos interesados". El juicio, al cual comparecieron como opositores los ahora demandantes, fue fallado desfavorablemente a las pretensiones de los actores.

Décimo

En la demanda de pertenencia se afirmó: "Primero. Hace más de veinte (20) años y muy cerca de los treinta (30), que venimos poseyendo materialmente un inmueble situado en el crucero noroccidental de la carrera 49 (Junín) con la calle 48 (Pichincha) de esta ciudad de Medellín, que comprende el lote de terreno o solar, con una casa de habitación construida en él y varios locales comerciales; comprendido todo el inmueble por los siguientes linderos: (aquí se citan). Este inmueble consta actualmente de una casa con su puerta de entrada que da a la calle 48 (Pichincha) y está distinguida con el número 49-12; y de seis locales comerciales, dos de ellos dando frente a la calle 48 (Pichincha), distinguidos con los números 49-8 y 49-14, y los otros cuatro con frente a la carrera 49 (Junín), marcados en sus puertas de entrada con los números 48-5, 48-11, 48-15 y 48-21. Segundo. La posesión material del inmueble a que se refiere el hecho anterior, por el lapso en él indicado, la hemos venido ejerciendo mediante hechos positivos de explotación económica a que sólo da derecho el dominio; ésto es, habitando personalmente y con la familia la casa, introduciéndole reforma al inmueble y dando en arrendamiento los locales".

Undécimo

El 12 de marzo de 1959, amparándose en las mismas disposiciones legales atrás citadas, Nury Uribe Arcila de Moreno promovió otro juicio de pertenencia de la finca, la cual dijo poseer material, pacífica y públicamente desde hacía más de 20 años, sin tener conocimiento de que haya otras personas interesadas en ella. Actuó como opositora en el juicio Ana María Gaviria vda. de Uribe. El Juez del conocimiento decretó la caducidad de la instancia en fallo que quedó ejecutoriado.

Duodécimo

"Dada la situación anómala en que se encuentra el inmueble, no queda a mis mandantes más que la acción reivindicatoria, que es la única en que se pueden contemplar las diversas posiciones de los actuales poseedores, que lo son de mala fe, sin ningún título y que disfrutan del inmueble..."

3. Luego de emplazarse a Rubén Uribe Arcila y Nury Uribe de Moreno, designarse

curador ad-litem para éstos y para Libia Uribe de Tobón, quien se ocultaba, y ordenarse la captura de Armando Uribe Arcila, los cuatro demandados comparecieron finalmente a apersonarse en el proceso, contestando la demanda con rechazo de todos los hechos y oposición a todas las súplicas.

4. El Juez Duodécimo Civil Municipal de Medellín decidió la primera instancia, negando las peticiones principales y subsidiarias de los actores, absolviendo a los demandados y condenando a aquéllos en las costas del juicio.

5. Interpuesto por la parte desfavorecida el recurso de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató la controversia revocando lo resuelto por el inferior y disponiendo en su lugar:

a) "Los demandados restituirán a favor de los demandantes el inmueble identificado en el hecho primero de la demanda, con todas sus mejoras y anexidades, restitución que deberán hacer dentro del término de seis días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

b) "Se condena a los demandados, como poseedores de mala fe, a hacer la restitución del inmueble a los demandantes con todos sus frutos naturales o civiles y no sólo los percibidos, sino los que los dueños hubieran podido percibir, con mediana inteligencia, teniendo la cosa en su poder, desde la fecha de la ocupación del inmueble y en proporción a los derechos que cada uno de los demandantes tenga en él.

c) "Inscríbase esta sentencia en el Registro Público.

d) "Se condena en costas, en ambas instancias, a los demandados".

III

Motivación del fallo impugnado

Previa recopilación de los motivos en que apoyó el Juez sus decisiones, comienza el Tribunal los considerandos de su sentencia enunciando las cuatro condiciones de la acción reivindicatoria, de esta manera: "a) Derecho de dominio en el demandante. b) Posesión material en el demandado. c) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular. d) Identidad entre la cosa que se pretende y la posesión (sic)".

A El dominio del inmueble

1. Esta primera cuestión, advierte el sentenciador, tiene su origen en el testamento de Alejandro Gaviria Correa, cuya cláusula pertinente comienza así: "Primeramente mando y ordeno que mis bienes se realicen de la manera como mis albaceas estimen conveniente, y que una vez realizados, del valor total de ellos se hagan tres partes iguales: Con una de dichas partes se comprará como mis albaceas dispongan, una casa en la ciudad de Medelín, cuyo usufructo es mi voluntad dejar a favor de mis tres sobrinas Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, hijas legítimas de mi finada hermana Isabel Gaviria de Uribe y del señor José María Uribe Naranjo. Mis prenombradas sobrinas tendrán derecho al uso de la habitación o a percibir los frutos de la casa, siempre que a mi fallecimiento se encuentren solteras y mientras permanezcan en dicho estado de solterío, pues en caso de matrimonio o muerte de cualquiera de ellas, los derechos conferidos pasarán a la que permanezca soltera..."

Estima el Tribunal que lo hasta aquí transcrito, no ofrece duda alguna en cuanto a su interpretación: el testador constituye **un usufructo** "vitalicio" a favor de sus tres sobrinas mencionadas, "con la condición de que a la muerte de don Alejandro sobrevivieran en estado de solterío". Y añade aquél: "Teresa Uribe Gaviria fue la última de las usufructuarias en gozar de su derecho hasta su muerte, ocurrida en Medellín el día 31 de diciembre de 1942". En esta fecha y por esta causa terminó, pues, el usufructo.

2. El problema surge, observa el fallador, de la parte final del a cláusula, cuya redacción se presta a interpretaciones diversas y opuestas. Reza de esta manera: "...y casadas o muertas todas tres (las usufructuarias), la casa pasará a ser de propiedad de mis sobrinas solteras, hijas del señor José María Arango y de mi finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango y de mis sobrinas solteras, hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa la señora Arango, y de mis hermanas María Luisa y Adelina Gaviria; mas este derecho no se extenderá a los herederos últimamen-

te nombrados, pues por muerte de ellas, esta porción acrecerá la de mis sobrinas que he mencionado en esta cláusula".

El Tribunal, dice él mismo, "ha de fijar con nitidez conceptual su criterio acerca de la debatida disposición testamentaria, porque bien sea que ella se considere como la constitución de un usufructo y nuda propiedad, o bien de un fideicomiso, las consecuencias son diametralmente opuestas, radicándose el derecho de dominio, si es un usufructo, en la parte demandante; pero si se cuestiona de un fideicomiso, la propiedad le pertenecerá a los demandados".

Para dilucidar el punto, transcribe frases de dos sentencias de la Corte, pronunciadas en procesos en que los demandados en éste no fueron parte, conforme a las cuales la expresión de la voluntad del testador Gaviria Correa admite "varias interpretaciones razonables", porque no está claro si su intención fue "constituir un usufructo simplemente o un fideicomiso en favor de las asignatarias dichas".

Y expresando su propio criterio sobre el particular, dice: "El Tribunal estima que lo legado en la anterior cláusula fue un usufructo, palabra textualmente usada en el testamento, y así la interpretaron desde el año de 1893 todas las asignatarias, sin que ninguna de ellas hubiera objetado el testamento, la partición, la aclaración a la partición y la escritura pública por medio de la cual se compró el bien y se constituyó el usufructo".

3. Para reforzar esta conclusión, el fallador de segundo grado hace reseña histórica de los actos sucesivos que se efectuaron para interpretar y cumplir la voluntad manifestada en el testamento, a saber: la partición de los bienes del de cujus, la aclaración de este trabajo, el poder otorgado por los albaceas a don Fernando Vélez y la escritura mediante la cual el apoderado cumplió el mandato.

a) En la partición presentada y aprobada en el juicio mortuorio de Alejandro Gaviria Correa, se expresa lo siguiente: "Hijuela a cargo de los albaceas, señores doctor Federico Patiño y Diego Madero. Para cubrir y pagar el valor a que asciende la tercera cuota, parte del capital, que debe invertirse por los señores albaceas en la compra de una casa en la ciudad de Medellín, según la voluntad del testador, la cual deben usufructuar las tres sobrinas solteras del testador llamadas Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, durante la vida de éstas, y mientras permanezcan solteras, debiendo acrecer la parte del usufructo que le corresponda a aquélla de ellas que se case o se muera, a las otras dos, o a la que viva permaneciendo en estado de celibato, debiendo pasar la nuda propiedad de la referida finca, por matrimonio o muerte de todas las usufructuarias, a las sobrinas solteras del testador, hijas de José María Arango, de Lázaro María Gaviria, y a las dos hermanas del testador, María Luisa y Adelina Gaviria, acreciendo la porción que corresponde a cada una de estas dos últimas, por razón de muerte de las mismas, a las otras personas o sobrinas ya mencionadas".

b) A solicitud de parte interesada, el juez de la causa mortuoria ordenó al partidor que hiciera una aclaración en lo concerniente a esta hijuela, orden que el partidor cumplió de esta manera: "Hechas las deducciones respectivas, la primera tercera parte del acervo libre, la cual asciende a la suma de quince mil cuatrocientos diez y nueve pesos con setenta y dos y medio centavos, a cargo de los albaceas, señores doctor Federico Patiño y Diego Madero, se aplica a que estos señores compren una casa situada en la ciudad de Medellín, del Departamento de Antioquia, destinada a ser usufructuada por las tres sobrinas solteras del testador, llamadas Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, durante la vida de éstas mientras permanezcan solteras, debiendo acrecer la parte del usufructo que le corresponda a aquélla de ellas que se case o se muera a las otras dos o a la que viva permaneciendo en estado de celibato, y casadas o muertas todas tres 'la casa (como terminantemente lo dice el testamento) pasará a ser de propiedad de las sobrinas solteras del testador, hijas del señor José María Arango y de su finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango, y de sus sobrinas solteras hijas de su hermano Lázaro Gaviria y de la segunda esposa de éste, señora Arango, y de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, mas este derecho no se

extenderá a los herederos de las dos hermanas más últimamente nombradas, pues por muerte de ellas, esta porción acrecerá la de las sobrinas del testador, mencionadas en esta cláusula'. Y en cumplimiento del referido auto (el del juez) se adiciona la partición en lo relativo a este legado, tanto en lo que dice relación a la distribución del capital, como a la hijuela... destinada a la compra de la referida casa, con la aclaratoria expresa y terminante que consigno aquí, de que por matrimonio o muerte de las tres sobrinas del testador llamadas Teresa, Josefa y Amalia Uribe, la casa en referencia pasará a ser de propiedad de las hermanas y sobrinas del testador, como queda expresado, distribuyéndose en cuatro partes iguales, así: una para María Luisa Gaviria, otra para Adelina Gaviria, hermana del testador, otra para la sobrina del testador Ana María Gaviria Arango, y otra para las sobrinas solteras del testador, hijas de José María Arango, llamadas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, con la restricción de que habla el testador de que por muerte de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, las porciones de éstas acrecerán proporcionalmente a cada una de las otras porciones aquí determinadas, dividéndolas, en dos partes iguales, una para cada una de las porciones mencionadas".

c) Aclarada la partición y aprobado el trabajo, los dos albaceas —en tiempo hábil, advierte el Tribunal— otorgaron "**poder especial** al señor doctor Fernando Vélez, vecino de la ciudad de Medellín y residente allí mismo y mayor edad, para que obrando en nombre de los otorgantes proceda a dar cumplimiento a la cláusula del testamento del señor Alejandro Gaviria que atrás queda transcrita, comprando al efecto una casa situada en la misma ciudad de Medellín, cuyo valor sea de $ 15.419.72 y ½, que es la suma líquida asignada para este efecto en la partición, de acuerdo con la misma cláusula, y destinándola al objeto indicado por el testador, para lo cual se harán en la respectiva escritura las declaraciones e indicaciones necesarias para que los derechos de los asignatarios queden perfectamente determinados de acuerdo con la voluntad del testador y con la aclaración hecha por el juzgado y reproducida en la partición en el párrafo de ella anteriormente copiado".

d) Mediante la escritura Nº 1445, otorgada en la Notaría Primera de Medellín el 6 de octubre de 1893, don Fernando Vélez cumplió el mandato, adquiriendo a título de compraventa el inmueble materia de este proceso y declarando lo siguiente: "**Primero.** Que constituye en usufructo el inmueble comprado, con todas sus anexidades, entre las cuales se encuentra una paja de agua. **Segundo.** Que tal usufructo es en favor de las señoritas Teresa y Amalia Uribe Gaviria. No se constituye el usufructo en pro de la señora Josefa Uribe Gaviria, por haber contraído ésta matrimonio con el señor Alejandro Barrientos, después de la muerte del doctor Alejandro Gaviria, y antes de la fecha en que se extiende esta escritura. **Tercero.** Las usufructuarias, señoritas Teresa y Amalia Uribe G., gozarán del usufructo por partes iguales, con derecho de acrecer; pues por matrimonio o muerte de una de ellas, pasará a la otra su cuota en el usufructo, y quedará ésta disfrutando de la totalidad. **Cuarto.** El usufructo durará por toda la vida de las usufructuarias, siempre que permanezcan solteras. Una vez que ocurra el matrimonio y la muerte de ambas y que, por lo mismo, no haya lugar a acrecer, se extinguirá el usufructo, y se consolidará éste con la nuda propiedad. **Quinto.** Instituyó nudas propietarias, es decir, personas con derecho a la nuda propiedad mientras subsista el usufructo, y con derecho a la propiedad plena, cuando éste se extinga, a las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, hijas legítimas de don José María Arango y de doña Gertrudis Gaviria de A.; a la señorita Ana María Gaviria Arango, hija legítima de los señores Lázaro Gaviria y Angelina Arango; y a las señoras María Luisa y Adelina Gaviria. **Sexto.** Consolidado el usufructo con la nuda propiedad, o sea renaciéndose el dominio pleno del inmueble citado en las personas que acaban de indicarse, éstas quedarán dueñas de la finca, por cuartas partes indivisas, así: Una cuarta parte para las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango G.; otra cuarta parte para la señorita Ana María Gaviria Arango; otra cuarta parte para doña Adelina Gaviria; y la otra cuarta par-

te restante, para doña María Luisa Gaviria. Séptimo. Sin embargo de lo dispuesto en las cláusulas quinta y sexta de esta escritura, por muerte de las señoras Adelina y María Luisa Gaviria no pasarán sus cuotas de cuarta parte a los herederos de éstas, sino que acrecerán a la de las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango G. y a la de la señorita Ana María Gaviria Arango, dividiéndose por mitad, así: Una mitad para las tres primeras (Rosa, Paulina y Pastora Arango), y la otra mitad, para la última de aquéllas (Ana María Gaviria A.)".

4. De toda esta prueba literal, corroborada con la inteligencia que le dio la Corte en otros procesos, concluye el sentenciador: "como según el concepto del Tribunal lo instituido en la famosa cláusula testamentaria fue un usufructo y no un fideicomiso, la relación de causalidad no se ha roto entre el acto genésico que es la memoria testamentaria y la partición, la aclaración a la partición de los bienes del testador y la constitución del usufructo por medio de la escritura pública número 1445 de 6 de octubre de 1893 de la Notaría Primera de Medellín. Y la relación de causalidad ha continuado con las ventas sucesivas que hicieron las nudas propietarias de sus derechos hasta radicarse el dominio en la parte actora".

5. Y añade: "Transcurrieron cincuenta y cuatro años y diez meses desde que se extendió la escritura que constituyó el usufructo aquel debatido, 6 de octubre de 1893 hasta el 5 de agosto de 1948, día en que se entabló el primer pleito sobre el bien, objeto del presente juicio, por lo cual las personas que fueron instituidas nudas propietarias ejercían una posesión legítima en frente a las usufructuarias consideradas por la legislación como meras tenedoras con respecto a aquéllas, tiempo hábil más que suficiente para borrar cualquier vestigio irregular que pudiera vislumbrarse en el origen de los títulos de los actores. Lo que vigoriza la institución de la prescripción es la necesidad de otorgar seguridad a las relaciones jurídicas que es la pretensión máxima del derecho, porque si no hay seguridad, si no hay orden, no hay derecho".

6. Finalmente dice: "Por ende, concluye el Tribunal, el derecho de dominio está radicado en el debate sub-judice, en cabeza de la parte actora".

B La posesión del inmueble

1. El sentenciador encuentra que este segundo requisito de la acción reivindicatoria se demostró plenamente merced a las siguientes pruebas:

a) La inspección ocular, en la cual se verificó que el inmueble, en su parte alta, aparece inhabitado, pero en su puerta de entrada se ven tres letreros que dicen: "Laboratorios Uribe Arcila", "Rubén Uribe Arcila, Médico y Cirujano", "Armando Uribe Arcila, Abogado"; y en su parte baja está ocupado por diferentes personas que dijeron ser arrendatarias de Rubén Uribe Arcila y alguna, además, de Sofía Arcila de Uribe;

b) La demanda de pertenencia promovida por Armando Uribe Arcila y Libia Uribe de Tobón, en la cual afirman ser poseedores del inmueble; y

c) La otra demanda de pertenencia, presentada por Nury Uribe de Moreno, con fundamento en igual hecho.

2. A lo cual agrega el Tribunal estas dos consideraciones:

"Es de suponer que no conociendo los testigos las intimidades de este juicio, imputen a los demandados el carácter de meros tenedores e ignoren las pretensiones de posesión y dominio que tienen los hermanos Uribe Arcila sobre el bien de la plazuela Uribe Uribe.

"Que la señora Sofía Arcila de Uribe es la poseedora del bien en litigio, lo afirma el señor apoderado de la parte demandada. Pero la señora Sofía Arcila de Uribe murió según testimonio de su hija Libia Uribe de Tobón, Fl. 85: 'Lo ocupo por autorización de mi madre. Al tiempo de morir dejó instrucciones sobre el particular. Mi madre tuvo título de propiedad comprado a doña Paulina Arango'. Y Armando Uribe Arcila confiesa lo que sigue: 'Mi hermana no tenía por qué tratar de conseguir título alguno, porque de por sí ya lo tenía por el solo hecho de ser hija de mi señora madre'."

C La cosa reivindicada y su identidad con la poseída

"El tercero y cuarto elementos axiológicos de la acción reivindicatoria —observa el

fallador—, o sea cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular y la identidad de la cosa que se pretende y la poseída, se han demostrado en los autos con la inspección ocular, los testimonios, la prueba documental y la aceptación de las partes al dar por demostrados estos elementos de la acción reivindicatoria en el presente juicio".

La sentencia finaliza con esta apreciación: "El Tribunal considera a los demandados como **poseedores de mala fe**, puesto que no pueden alegar que en su ánimo existía buena fe y honrada creencia de hallarse poseyendo como dueños lo que apenas se les había entregado a título precario y además porque pretendieron mudar la mera tenencia en posesión, que es clandestina, ya que la ocultan a quienes tienen derecho de oponerse a ella".

IIII

Las demandas de casación

Contra la sentencia cuyos considerandos se ordenaron y resumieron en el capítulo anterior, cada uno de los cuatro demandados interpuso el recurso extraordinario, que la Corte pasa a estudiar y decidir.

Por razones de orden lógico, se examinarán primero los cargos enderezados a impugnar el fallo en lo relativo al dominio de la cosa reivindicada, y luego, sucesivamente, los que tocan con la posesión de ésta, su identidad y la calificación de ser los demandados poseedores de mala fe.

A El dominio del inmueble

Cargo único de la demanda de Armando Uribe Arcila y primero de la de Libia Uribe Arcila de Tobón

Están planteados de idéntica manera, así:

"**Primero.** La sentencia incurrió en un manifiesto error de hecho en la interpretación del testamento de don Alejandro Gaviria, error consistente en no ver que el causante constituyó en dicho testamento, además de un usufructo, un fideicomiso, al disponer allí y ordenarse luego en la partición aclarada de los bienes relictos que la **propiedad** de la casa que habría de adquirirse en Medellín **pasaría** a dos hermanas suyas y a unas sobrinas solteras al extinguirse el usufructo aludido por matrimonio o muerte de las usufructuarias. Este yerro condujo a la misma sentencia a violar, por falta de aplicación, los Arts. 794, 797, 799, 802, 1008, 1009, 1013, 1127, 1162 y 1470 del C. Civil, como quedó expuesto en el punto IV de esta demanda.

"**Segundo.** La sentencia incurrió en otro patente error de hecho, consistente en no haber visto ni tenido en cuenta las pruebas señaladas en el aparte VII de esta demanda, las cuales demuestran el matrimonio o la muerte de la mayoría de las beneficiarias del legado del fideicomiso constituido en el testamento de don Alejandro Gaviria sobre la casa de Medellín y que en consecuencia la única de esas beneficiarias en cuyo favor se produjo la delación de tal legado, al extinguirse el usufructo el 31 de diciembre de 1942, fue la señorita Paulina Arango Gaviria, quien vivía entonces en estado de celibato. Este error condujo al fallo a quebrantar, por falta de aplicación, los Arts. 669, 673, 794, 1008, 1009, 1013 y 1128 del C. Civil.

"**Tercero.** La sentencia impugnada incurrió asimismo en un tercero y ostensible error de hecho al interpretar el testamento de don Alejandro Gaviria y ver en él, sin prueba ni fundamento alguno, que el testador legó incondicionalmente en este testamento la nuda propiedad de la casa que habría de adquirirse en Medellín a sus dos hermanas y a sus sobrinas solteras en cuyo beneficio constituyó precisamente el referido fideicomiso. Este error llevó a la sentencia a infringir, por aplicación indebida, los Arts. 742, 744, 745, 765, 1008, 1013 y 1162 del C. Civil y, por falta de aplicación, los Arts. 807, 1127 y 1158 ibídem.

"**Cuarto.** La sentencia incurrió en un cuarto y palmario error de hecho al no ver ni tener en cuenta las pruebas mencionadas en el aparte VIII de esta demanda, las cuales acreditan que la verdadera adquirente del dominio sobre la casa de Medellín, señorita Paulina Arango Gaviria, otorgó testamento e instituyó herederos universales; que luego falleció y que sus dichos herederos aceptaron por ella la delación del legado del fideicomiso (C. C. 1014) y cedieron parte de sus derechos hereditarios a doña So-

fía Arcila de Uribe, y que en consecuencia la casa mencionada pertenece a la sucesión de la expresada causante Arango Gaviria.

"Todos los anteriores yerros de hecho, condujeron a la sentencia a quebrantar no sólo las disposiciones sustanciales que dejo individualizadas, sino también los Arts. 946, 949, 952, 961, 962, 964 y 971 del C. Civil, por aplicación indebida, y los Arts. 965, 966, 969 y 970 ibídem, por falta de aplicación".

Para sustentar estos cargos, los dos recurrentes se extienden en largos raciocinios que en sustancia pueden sintetizarse de esta manera:

1. La Corte ha dicho y repetido que, cuando las partes en juicio reivindicatorio aducen títulos de dominio opuestos entre sí, no es suficiente confrontarlos en su aspecto meramente formal, sino que es necesario examinarlos a fondo, en orden a desentrañar la validez y la eficacia de los actos jurídicos que en ellos constan, para concluir cuáles prevalecen. El propio Tribunal, en la sentencia acusada, así lo reconoce, llegando a sostener que si por el testamento de Alejandro Gaviria, origen de toda la controversia, se constituyó un usufructo, el dominio del inmueble reivindicado lo tienen los demandantes, en tanto que si lo instituido fue un fideicomiso, la propiedad es de los demandados.

2. Sentada esta premisa, exponen los impugnadores la historia completa de la titulación del inmueble, interpretando uno a uno los actos y los hechos que sucesivamente fueron teniendo lugar hasta la época actual:

a) Alejandro Gaviria expresa en su testamento, que la casa que han de comprar en Medellín los albaceas, la deja en usufructo a sus sobrinas Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, hasta el día en que se case o fallezca la última que sobreviva a las otras en estado de celibato, y que, extinguido el usufructo, "la casa pasará a ser propiedad" de otras sobrinas y de dos hermanas del testador;

b) En la partición de los bienes del causante se adjudicó a Teresa, Josefa y Amalia el usufructo, estableciéndose que al extinguirse éste pasará la nuda propiedad a las otras sobrinas y hermanas mencionadas;

c) La partición fue aclarada en el sentido de que, al expirar el usufructo, "la casa en referencia pasará a ser de propiedad de las hermanas y sobrinas del testador";

d) Por escritura pública otorgada después que la partición fue aclarada y aprobada, Federico Patiño y Diego Madero, "diciéndose aún albaceas del testador Gaviria", confirieron poder especial a don Fernando Vélez para que comprara la casa en Medellín, y cumpliera en representación de ellos la voluntad del causante;

e) Don Fernando Vélez entendió dar cumplimiento a este mandato mediante las declaraciones que hizo en la escritura Nº 1445, en la cual, lejos de interpretar fielmente la memoria testamentaria de Alejandro Gaviria, la desvirtuó por completo, "echándola al tarro de la basura, como dice gráficamente el doctor Córdoba Medina". Pues Gaviria, en efecto, constituyó usufructo a favor de las tres sobrinas nombradas; mas como nada dispuso sobre nuda propiedad, ésta "pasaba a los herederos a título universal o abintestato del propio causante, llamados a recoger todo aquéllo de que el testador no dispuso"; e instituyó además un fideicomiso en beneficio de dos hermanas suyas y de otras sobrinas. Pero don Fernando entendió las cosas de otra manera, adjudicando la nuda propiedad, no a los herederos ab intestato, sino a las dos hermanas y sobrinas en cuestión, y no constituyendo fideicomiso alguno, sino disponiendo que, al expirar el usufructo, éste se consolidaría con la nuda propiedad, radicándose entonces el dominio pleno en cabeza de tales hermanas y sobrinas;

f) "Entre el testamento de don Alejandro Gaviria y lo declarado y hecho por el doctor Vélez en la escritura Nº 1445, de 6 de octubre de 1893, hay pues una disconformidad patente, rayana en la antinomia. Cuál de los dos actos tiene prelación? Mejor aún: cuál de tales actos constituye el verdadero título atributivo del dominio sobre la casa de Medellín? En realidad este dilema no existe jurídicamente y sólo lo planteo y voy a dirimirlo por la razón que expondré luego. El Art. 673 del C. C. estatuye que la sucesión mortis causa es un modo de adquirir el dominio, y el Art. 765 ibídem, les atribuye a los actos legales de partición la

calidad de títulos traslaticios de dominio. Hace ya rato que la H. Corte determinó y puntualizó el verdadero sentido de éste último precepto, diciendo que los actos de partición no tienen el carácter de títulos atributivos o traslaticios de dominio, sino simplemente de títulos declarativos, y que en la sucesión por causa de muerte, el título real y verdadero es la ley o el testamento; la primera en las sucesiones intestadas, y el segundo en las testadas. Sin olvidar que una sucesión puede ser parte testada y parte intestada, y que en este caso entrar a operar, simultánea y parcialmente, los dos títulos mencionados (C. C., 1009)";

g) De lo anteriormente expuesto deducen los impugnadores que, primeramente, las supuestas nudas propietarias "no adquirieron ese derecho de nuda propiedad (que aparece adjudicándoles don Fernando Vélez), y al no haberlo adquirido, tampoco tenían nada que transferir al respecto, de modo que las cesiones o ventas que algunas de esas supuestas nudas propietarias les hicieron al doctor Antonio José Uribe y al señor Juan Bautista Herrera, carecieron de objeto, porque no tenían en realidad el derecho que dijeron transferir a estos señores. Por donde se viene en conocimiento de que los títulos que aducen los demandantes para comprobar su pretenso derecho de dominio sobre la casa de Medellín, no lo demuestran realmente, porque no provienen de la herencia del causante Alejandro Gaviria, sino de quien no fue dueño de la casa, ésto es, de don Fernando Vélez";

h) Por otra parte, el usufructo fue constituido por el testador para Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, entre las cuales la última que falleció soltera fue Teresa, el **31 de diciembre de 1942**, fecha en que se extinguió el usufructo.

"Cuáles de las fideicomisarias existían y se hallaban solteras (sic) en esa sazón? El fideicomiso se constituyó en favor de María Luisa y Adelina Gaviria, hermanas del testador, y de Ana María Gaviria, Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, sobrinas todas del mismo testador.

"Las fideicomisarias María Luisa y Adelina Gaviria murieron el 2 de septiembre de 1905, la primera, y el 12 de febrero de 1906, la segunda (C. 1º, Fls. 97 y 98). La fideicomisaria Pastora Arango Gaviria contrajo matrimonio con Blas Emilio Díaz el 1º de septiembre de 1892, como se reconoce en la sentencia de 7 de julio de 1961, que es un instrumento auténtico (Cº 1º, Fl. 74 vto.). La fideicomisaria Ana María Gaviria, madre de los actuales demandantes, doctores Oscar, Raúl Christian y Juan Darío Uribe Gaviria, se unió en matrimonio con el doctor Juan de Dios Uribe Gómez el 7 de noviembre de 1914 (C. 1º, Fl. 74 vto.). La fideicomisaria Rosa Arango Gaviria falleció el 15 de mayo de 1933 (C. 1º, Fl. 75)".

En consecuencia, cuando el usufructo se extinguió, "la sola fideicomisaria que aún existía en estado de celibato, era la sobrina del testador, señorita Paulina Arango Gaviria", única asignataria que recogió, el 31 de diciembre de 1942, la totalidad del dominio pleno de la casa de Medellín;

i) Paulina Arango Gaviria testó instituyendo como herederos universales suyos a Zoilo, Carlina y Tulia Vásquez A. (C. 3º, Fls. 169 y ss.), y falleció el 9 de octubre de 1943 (C. 3º, Fls. 176 y 178).

"Por la escritura Nº 2328, pasada ante el Notario Segundo de Medellín el 15 de julio de 1946, los señores Zoilo, Carlina y Tulia Vásquez A., cedieron a la señora **Sofía Arcila de Uribe** la tercera parte de los derechos hereditarios que a los cedentes les correspondían, como herederos universales, en la sucesión de la señorita Paulina Arango Gaviria, derechos vinculados a una casa situada en el cruce de la Calle Pichincha con la Carrera Junín de Medellín, y alindada como se indica en aquel instrumento (C. 3º, Fls. 190 y ss.).

"Los cuatro demandados en el presente juicio, señores Uribe Arcila, son hijos legítimos de doña Sofía Arcila de Uribe, según aparece de las partidas que obran a folios 31 a 35 del C. 1º. Pero se advierte que no son los únicos hijos de la señora Arcila de Uribe, porque también lo es y vive el doctor Oscar Uribe Arcila, quien no fue demandado ni figura como parte en este proceso".

De lo cual resulta: 1º Que los únicos titulares del dominio pleno de la casa de Medellín son actualmente los hijos de Sofía Arcila de Uribe, cuatro de los cuales forman

la parte demandada; y 2º Que "por esta razón, la acción de dominio propuesta en este juicio debió dirigirse contra todos los herederos de la dicha causante y contra los cesionarios de derechos en su mortuoria, por existir entre ellos un interés común constitutivo de un litisconsorcio necesario. Como no fueron demandados todos esos interesados, sucede que en este proceso falta el presupuesto procesal de demanda en forma, falta que impide dictar sentencia de mérito";

j) Finalmente, los conceptos emitidos por la Corte en otros dos procesos ordinarios, en los cuales los Uribe Arcila no fueron parte, y que el Tribunal utilizó como fundamento de sus decisiones, carecen de la fuerza de la cosa juzgada en frente de los actuales demandados y no pueden esgrimirse contra éstos para condenarlos, como el Tribunal lo hizo.

Concluyen los recurrentes pidiendo que se case la sentencia impugnada y en su lugar "se decida una de estas dos cosas, en su orden: a) Que se confirme la sentencia absolutoria de primer grado, con costas a cargo de los demandantes; b) Que se pronuncie sentencia inhibitoria por falta del presupuesto de demanda en forma, originada en no haberse demandado a todos los interesados en la mortuoria de la señorita Paulina Arango Gaviria".

La Corte considera

1. Ni el testamento de Alejandro Gaviria, ni la partición efectuada, aclarada y aprobada en el juicio mortuorio de éste, definen expresamente dos puntos fundamentales que tocan el fondo del proceso: a) Quién o quiénes iban a ser los titulares de la nuda propiedad del inmueble entrentanto subsistiera el usufructo legado a las asignatarias Uribe Gaviria (Teresa, Josefa y Amalia); b) Si lo instituido por el testador y adjudicado por el partidor, fue meramente ese usufructo, que se consolidaría con la nuda propiedad para radicarse, ya como dominio pleno, en cabeza de las asignatarias Arango Gaviria (Rosa, Pastora y Paulina) y Gaviria Correa (María Luisa y Adelina), o si fue por una parte ese usufructo y, además, un fideicomiso a favor de todas estas últimas asignatarias, cuya restitución quedaba sujeta a la extinción del usufructo.

2. El Tribunal afirma que, habida cuenta de la antigüedad del testamento y la partición, todo derecho a pedir que la justicia defina el asunto, declarando su anfibología, está prescrito extintivamente, por haber transcurrido mucho más de veinte años, desde cuando don Fernando Vélez, como apoderado de los albaceas, adjudicó a las Arango Gaviria y Gaviria Correa, la nuda propiedad y luego, al extinguirse el usufructo, el pleno dominio por consolidación.

También atribuyó el sentenciador firmeza a estas interpretaciones de don Fernando Vélez con apoyo en que tal fue la inteligencia dada por la Corte al problema en otros procesos.

3. En lo primero se equivocó el Tribunal, porque la prescripción extintiva no podía reconocerse judicialmente, ni producir efecto legal alguno, mientras no se hubiera propuesto o alegado como excepción por quien pudiera invocarla (artículo 343 del Código Judicial), cosa que ningún interesado hizo en este litigio.

Y tampoco es argumento en favor de que las Arango Gaviria y Gaviria Correa, fueron nudas propietarias, y luego aquellas titulares del dominio pleno, la circunstancia de que la Corte se haya pronunciado ya al respecto en juicios anteriores; porque como con razón lo afirman los censores, en tales procesos no fueron parte los Uribe Arcila, lo cual impide aplicarles en éste los efectos de la cosa juzgada.

4. Esos dos postulados del fallo acusado son, pues, insostenibles. Mas sucede que los recurrentes no invocaron el quebranto de los artículos 343 y 473 del Código Judicial, y esta omisión sería un principio suficiente para que la Corte rechazara los cargos en estudio, pues mientras subsistan tales soportes de lo decidido por el Tribunal sobre el dominio del inmueble reivindicado, no podría volverse sobre la interpretación del testamento y el trabajo del partidor.

5. Sin embargo, aparece que el Tribunal, a vuelta de atribuir firmeza a la interpretación de don Fernando Vélez y a los conceptos de la Corte, se dedicó a la tarea de investigar por su propia cuenta, con base en examen minucioso de los títulos, cuál

es la manera como en su sentir debe entenderse el asunto.

Esta circunstancia franquea la puerta para que la Sala entre en el estudio de fondo de los cargos relativos al dominio del inmueble.

6. En esta tarea, lo primero que debe advertirse es que, de los cuatro errores de hecho que apuntan los recurrentes, el **primero** y el **tercero** deben ser rechazados, porque **no puede haber contraevidencia en entender de una o de otra manera un testamento y una partición que, de por sí, son oscuros y ambiguos en los puntos que fueron objeto de interpretación por el Tribunal. Cualquier yerro fáctico en cuestiones que ofrecen duda y se prestan de suyo a diversas conclusiones, no puede ser manifiesto o evidente.**

7. Queda por resolver si el **segundo** y el **cuarto** de los yerros fácticos imputados al juzgador están o no demostrados. Y a que tampoco lo están se llega por cualquier camino que se elija, inclusive por el de situarse dentro de la hipótesis que con ahinco defiende la censura, o sea la de que lo instituido por el testador y adjudicado después en la partición de sus bienes fue a la vez un usufructo a favor de determinadas personas, con la nuda propiedad en cabeza de los herederos ab intestato, y además, un fideicomiso a favor de otras personas, tal como está permitido por el artículo 797 del Código Civil.

Sobre esta base, sostienen los impugnadores: a) Que habiendo pertenecido la nuda propiedad a los herederos ab intestato, mientras subsistió el usufructo, las ventas hechas por Rosa y Pastora antes de la extinción de éste "carecieron de objeto"; b) Que ni Rosa y Pastora Arango Gavira, ni Ana María Gaviria Arango (después viuda de Uribe), adquirieron sus cuotas en el dominio de la casa al extinguirse el usufructo, puesto que la primera de las nombradas había muerto a la sazón y las otras dos contraido matrimonio, por manera que sólo Paulina, única fideicomisaria que subsistía soltera en ese momento, recibió la propiedad plena y total del inmueble al ocurrir la restitución.

8. Ambos postulados pecan igualmente por incompletos y por inexactos.

a) Por incompletos, porque si es verdad que Rosa y Pastora Arango Gaviria enajenaron todos sus supuestos derechos en la casa de Medellín antes de extinguirse el usufructo, no es menos cierto que **Paulina Arango Gaviria**, hermana de éstas y fideicomisaria también, transfirió igualmente todos sus supuestos derechos en esa casa, mientras el usufructo estaba en vigor, hecho que los censores se cuidan muy bien de mencionar. Mediante la escritura Nº 2205 del 26 de octubre de 1893, de la Notaría Segunda de Medellín, Paulina en efecto vendió a Antonio José Uribe Gaviria "la nuda propiedad" que le había adjudicado don Fernando Vélez, y por la escritura Nº 273 del 13 de marzo de 1903, de la misma Notaría, vendió a Juan Bautista Herrera "el derecho de acrecer" en la parte que le correspondiera de las cuotas de las fideicomisarias Adelina y María Luisa Gaviria Correa, quienes fallecieron antes de la restitución.

b) Por inexactos, además, pues tanto las ventas que hicieron Rosa y Pastora, como las que efectuó Paulina, no "carecieron de objeto", como afirman los impugnadores, sino que, en el orden de ideas en que éstos se han situado y dentro del cual razona la Corte, fueron **ventas de cosa ajena**: la nuda propiedad y el derecho de acrecer, derechos ambos que se suponen radicados por entonces en cabeza de los herederos ab intestato de Alejandro Gaviria.

La venta de cosa ajena es válida en Colombia (artículo 1871 del Código Civil); y como Paulina, al fallecer la última usufructuaria, adquirió según la tesis de la censura todo el dominio pleno de la casa, Antonio José Uribe Gaviria y Juan Bautista Herrera deben tenerse legalmente por verdaderos dueños **de los derechos que compraron, desde las fechas en que las citadas dos escrituras se registraron. Así se dispone, en efecto, por el artículo 1875 ibídem, que reza: "Vendida y entregada a otro cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición..."..**

9. Pero hay algo más, de decisiva trascendencia, sobre lo cual las demandas de casación guardan igualmente silencio. Sofía

Arcila de Uribe dispone a lo menos de un título que, auncuando ineficaz, forma parte de la extensa cadena cuyo origen se remonta a época anterior a la del testamento de Alejandro Gaviria; título ineficaz, se repite, porque los herederos de Paulina Arango le transfirieron cosa ajena que no llegaron a adquirir posteriormente (artículo 1875), y lo hicieron mediante contrato que los verdaderos dueños (sucesores de Antonio José Uribe Gaviria y de Juan Bautista Herrera) jamás "ratificaron" o confirmaron, sino por el contrario están rechazando mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria (artículo 1874). Pero los demandados Uribe Arcila, en cambio, carecen en absoluto de todo título, eficaz o ineficaz, que los vincule de alguna manera a esa cadena, comoquiera que no demostraron en el proceso, ni el fallecimiento de Sofía Arcila de Uribe, ni adjudicación que se les hiciera en la mortuoria de ésta (si murió), ni acto alguno entre vivos por el cual su señora madre les transfiriera a título gratuito u oneroso los supuestos derechos que los herederos de Paulina habían pretendido cederle en parte, muchos años después de que ésta los enajenó válidamente por contratos de compraventa celebrados con Uribe Gaviria y Herrera.

10. Las anteriores conclusiones derrumban de una vez por todas la posición en que los recurrentes han aspirado a situarse dentro de este proceso, sin motivo valedero: la de demandados en juicio reivindicatorio que disponen de una vasta y antigua titulación sobre el bien reclamado y que intentan hacerla prevalecer sobre la exhibida por los demandantes.

Por ende, habría sido suficiente, que éstos se hubieran limitado a aducir al proceso el título próximo e inmediato que acredita a cada uno, y a todos en conjunto, como copropietarios exclusivos del inmueble disputado, sin necesidad de que aportaran además, según lo hicieron, certificados de registro sobre la suficiencia de sus títulos y una serie de éstos que arranca de 1889, año en que testó Alejandro Gaviria.

11. De lo expuesto se desprende claramente que el Tribunal tampoco incidió en los otros errores de hecho que se le imputan:

a) No cometió el segundo, porque de ser cierto que no viera las pruebas que al invocarlo indica la censura, éstas demuestran que Paulina fue fideicomisaria y adquirió un derecho en la casa; pero en el proceso está plenamente acreditado que lo vendió a Uribe Gaviria y a Herrera, en fuerza de lo cual no pudo transmitirlo a nadie por causa de muerte. Y, además, porque los demandados, como queda dicho, no tienen ningún título qué oponer a los aducidos por los demandantes, como han intentado hacerlo;

b) Y no incurrió tampoco en el cuarto error fáctico que se le atribuye, puesto que en la técnica del recurso extraordinario sólo tiene eficacia como tal el que haya servido de medio para el quebranto de disposiciones sustanciales; por modo que si fuera cierto que el Tribunal omitió ver el testamento de Paulina Arango, la partida de su defunción y la cesión que sus herederos hicieron a Sofía Arcila de Uribe, estas pruebas carecen en absoluto de incidencia en el caso debatido, una vez que la causante enajenó en vida válidamente todos sus derechos en el inmueble y llegó después a adquirir la titularidad de éstos al extinguirse el usufructo, confirmándose así retroactivamente las ventas que hizo.

12. El no haberse demostrado ninguno de los yerros de hecho señalados por la censura, determina el fracaso de su impugnación.

Estos cargos, por lo tanto, no prosperan.

B La posesión del inmueble

Cargos únicos de las demandas de Rubén Uribe Arcila y Nury Uribe Arcila de Salcedo (antes viuda de Moreno) y segundo cargo de la de Libia Uribe Arcila de Tobón

1º La impugnación más extensa que sobre el particular se formula, está contenida en el libelo de Rubén Uribe Arcila.

El cargo se plantea así: "Acuso la sentencia de violar indirectamente, por apliación indebida, los Arts. 762, 946, 949, 952 y 964 del C. Civil, y por falta de aplicación, los Atrs. 765, 769, 965, 966, 969 y 970 ibídem, a causa de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas".

Los errores de hecho se hacen consistir:

a) En que ninguna de las pruebas en que se fundó el Tribunal para tener por poseedor a este demandado demuestra que lo sea:

1º La inspección ocular apenas hace referencia a que los locales comerciales del inmueble están ocupados por personas que dicen ser arrendatarias de Rubén Uribe Arcila, y es una noción trivial que cualquiera puede dar en arrendamiento una cosa sin ser poseedor de ella; y 2º Rubén Uribe Arcila no intervino en ninguna de las demandas de pertenencia que invoca el Tribunal, ni fue parte en los juicios a que éstas dieron lugar.

Consiguientemente, "la sentencia tiene por establecida la posesión del doctor Rubén Uribe Arcila sobre la casa de la Plazuela Uribe Uribe, sin citar ni existir prueba alguna que acredite dicha posesión. Lo que significa que aquel fallo incurrió en un manifiesto error de hecho al suponer o dar por existentes pruebas demostrativas de esa posesión".

Este error "llevó a la sentencia a quebrantar, por aplicación indebida, los Arts. 762, 946, 952 y 964 del C. Civil".

b) En que el fallador omitió tomar en consideración las siguientes pruebas: "el hecho cuarto de la demanda inicial de este juicio; la respuesta dada por el doctor Rubén Uribe Arcila a este mismo hecho cuarto; la manifestación efectuada por el mandatario del mismo, doctor Uribe Arcila en la diligencia de inspección ocular; la otra manifestación hecha por el citado mandatario en el memorial en que solicitó la práctica de unas pruebas (C. 3º, Fl. 112); la declaración que el propio doctor Uribe Arcila hizo en la doble diligencia de reconocimiento y de absolución de posiciones, practicada en el juicio de lanzamiento que contra aquél promovió a principios de 1953 la señora doña Ana María Gaviria (C. 2º, Fl. 57); el documento privado en que consta el contrato de arrendamiento celebrado entre el doctor Uribe Arcila y doña Sofía de Uribe Márquez; los testimonios del doctor Arturo Tobón, Eustorgio García, Antonio Ruiz, Eduardo Maya, Oscar Tejada, José Uriel Zapata, Gilberto Arbeláez, Leonidas Paeces, Eduardo Jaramillo y Antonio Nieto, y las posiciones absueltas por cada uno de los demandantes doctores Raúl Christian, Juan Darío y Oscar Uribe Gaviria. Estas pruebas demuestran en forma más que plena los hechos siguientes: 1. Que el doctor Rubén Uribe Arcila viene ocupando la casa o inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, desde mucho antes de 1940, es decir, desde hace hoy más de treinta años; 2. Que tal ocupación la ha venido realizando siempre el doctor Uribe Arcila como mero tenedor de ese inmueble, y no como poseedor del mismo; 3. Que dicha tenencia la ha efectuado en nombre de doña Sofía Arcila de Uribe, a quien en todo momento ha reconocido como verdadera poseedora del aludido inmueble; 4. Que ni la nombrada señora Gaviria, ni ninguno de los demandantes en el presente juicio, ha estado en ningún momento ocupando el inmueble en mención y menos poseyéndolo de modo material; 5. Que las mismas pruebas desvirtúan y destruyen de modo irrefragable el aserto de la parte demandante sobre que el doctor Uribe Arcila ha sido y es poseedor del inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, aserto prohijado por la sentencia impugnada sin ninguna prueba que lo acredite realmente".

"El fallo impugnado, no vio ni para nada tuvo en cuenta las pruebas que acabo de señalar, y esta inexplicable omisión constituye un garrafal error de hecho que condujo al mismo fallo a considerar y tener al doctor Rubén Uribe Arcila como poseedor del inmueble mencionado y a estimar pertinente contra este demandado la acción reivindicatoria, con indiscutible quebranto de los Arts. 762, 946, 949, 952 y 964 del C. Civil, por aplicación indebida, y de los Arts. 765 y 769 ejusdem, por falta de aplicación".

Cita además el impugnador varios testimonios rendidos a solicitud de la parte demandante. Pero observa que no lo hace "para acusar la sentencia por haberlos apreciado erróneamente, o por no haberlos tenido en cuenta, sino para advertir varias circunstancias interesantes", que se pueden resumir en una: esos testimonios no demuestran la existencia de un contrato de arrendamiento entre Rubén Uribe Arcila y Ana María Gaviria de Uribe.

2º El cargo único que formula Nury Uribe Arcila de Salcedo (antes viuda de Moreno), se enuncia de esta manera: "Violación

indirecta de los artículos 762, 946, 949, 952 y 964 del C. C., por aplicación indebida a causa de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas".

Los errores de hecho, que son varios, se puntualizan así:

a) El Tribunal afirma que cuando a los demandados "se los demanda como poseedores, alegan la mera tenencia", lo cual no es cierto, porque no está demostrado que la recurrente "haya sido demandada por alguno o algunos de los demandantes como poseedora del bien que se pretende reivindicar";

b) En la sentencia acusada se dice que cuando se intenta en contra de los demandados la acción de lanzamiento, éstos "se consideran poseedores", lo que tampoco es verdad, comoquiera que la impugnadora no ha sido demandada por los actores en juicio de ese linaje;

c) Dice el sentenciador que mediante la inspección ocular se probó que los demandados "detentan como posedores materiales del inmueble", afirmación inexacta, porque en la correspondiente diligencia se comprobó que la casa de habitación se hallaba "inhabitada" y que los locales comerciales estaban ocupados por arrendatarios de Rubén Uribe Arcila, no de Nury Uribe de Salcedo;

d) Se apoya también el fallo impugnado, para tener por poseedora a la recurrente, en que ésta promovió un juicio de pertenencia, afirmando tener la posesión material del inmueble. Mas ésto constituye una "simple afirmación" y no una prueba de tal hecho. Además, el mencionado juicio se inició el 12 de marzo de 1959, ésto es, 6 años y 5 meses antes de este proceso ordinario. "La acción reivindicatoria vale contra el poseedor actual y no contra el que fue o pretendió serlo".

Finalmente observa la censura: "La mencionada señora Nury no se demostró que hubiera recibido el bien a título precario, por lo cual no puede afirmarse que haya pretendido mudar su tenencia en posesión. Y si no ha tenido la posesión, no puede afirmarse que la ha ejercido clandestinamente".

3º El segundo cargo de la demanda de Libia Uribe Arcila de Tobón está concebido así: "Acuso la sentencia por el motivo primero del artículo 52 del Decreto-ley número 528 de 1964, actualmente artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en razón del quebrantamiento en forma indirecta de los artículos 762, 946, 947, 949, 952 y 964 del C. C., violación que se produjo a causa de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas".

Como tales errores se indican:

a) Haber omitido considerar el Tribunal la respuesta dada por el demandante Raúl Christian Uribe Gaviria a la primera pregunta de las posiciones que absolvió, en la cual confiesa que él hacía los recibos de pago que su señora madre expedía a Rubén Uribe Arcila como arrendatario del inmueble;

b) No haber tenido en cuenta la contestación a la tercera pregunta de las posiciones sometidas a Juan Darío Uribe Gaviria, según la cual dice saber que los Uribe Arcila ocupan la casa como arrendatarios;

c) Haber prescindido de la confesión hecha por Oscar Uribe Gaviria al responder a la segunda pregunta de las posiciones que se formularon, de que el inquilino de la casa era Rubén Uribe Arcila, quien vivía allí con su madre y una hermana y tenían una farmacia;

d) No haber tenido en cuenta los escritos de oposición que los actuales demandantes presentaron dentro del juicio de pertenencia promovido por Armando y Libia Uribe Arcila, en los cuales afirmaron que éstos no eran poseedores del inmueble;

e) Haber pasado por alto las sentencias de primero y segundo grados pronunciadas en dicho juicio, adversas a los demandantes por falta de prueba de la posesión invocada.

Estima la Corte

1. En lo que atañe a la posesión del inmueble, se advierte que el Tribunal, en vez de estudiar por separado las diversas situaciones de los demandados según las pruebas relativas a cada uno de ellos, hizo una apreciación en conjunto del problema, dándoles a todos idéntico tratamiento.

Dijo, en efecto, que este extremo de la acción de dominio quedó demostrado en el proceso mediante la inspección judicial de la casa y las demandas de pertenencia in-

coadas por algunos de los actuales demandados, sin percatarse de que aquella prueba sólo se refiere a Rubén Darío Arcila, y las otras dos, únicamente a sus hermanos Armando, Libia y Nury.

2. La inspección judicial no acredita en manera alguna que estos tres últimos sean poseedores, y del hecho de que afirmaran en época ya remota tener la posesión del inmueble, como lo expresaron en sus demandas de pertenencia, tampoco puede inferirse que la tuvieran cuando se inició este proceso ordinario. Por el contrario, la circunstancia de que los ocupantes de los locales comerciales existentes en el inmueble reconocieran ser arrendatarios de Rubén Uribe Arcila, constituye fundamento aceptable para inferir que éste es poseedor, puesto que una de las manifestaciones positivas del **animus domini** es la explotación económica de la cosa, lo que excluye por tanto toda contraevidencia en la apreciación de la inspección judicial en cuanto a tal demandado concierne.

3. Mas si la Corte, dando por demostrados todos los errores de índole fáctica invocados por la censura, llegara a casar la sentencia impugnada, tendría forzosamente que pronunciar fallo de instancia en un todo acorde con el del Tribunal, comoquiera que la posesión de los demandados debe tenerse por establecida plenamente en el proceso, como pasa a explicarse.

4. **En primer lugar, todos los demandados están en el caso que preveía el artículo 214 del Código Judicial, por el cual se hallaba establecido que si alguien era demandado como poseedor y no lo era, debía expresarlo así** en la contestación de la demanda, **so pena de que, probando el actor su propiedad en la cosa, se hiciera el reo responsable de ésta o de su precio, salvo mala fe comprobada del demandante.**

Armonizando dicho texto legal con los de los artículos 215 del mismo Código y 953 del Civil, se deduce que no era suficiente que los demandados en este proceso se limitaran a negar **el hecho de la demanda en el cual se los señaló como poseedores; debieron** expresar, **ésto es, manifestar explícitamente, que no poseían la cosa, a efecto de que el juez diera curso a la excepción dilatoria correspondiente, y declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre alegaran tenerla.**

La Corte tiene sentada la doctrina de que demandado en juicio reivindicatorio que no propusiera tal excepción, una vez demostrada su ocupación material de la cosa debe tenérsele por poseedor, quedando el actor exento de probar este extremo de su pretensión, con las consecuencias previstas por el citado artículo 214 (Cas., sentencia de 27 de abril de 1955, G. J., Nº XCII, Pág. 34, entre otras varias).

5. Véase ahora cuál fue la actitud de los demandados recurrentes:

a) En el curso del proceso, Rubén Uribe Arcila: 1º Aceptó ser ocupante material del inmueble; 2º Desconoció abiertamente el dominio de los demandantes; 3º Declaró que Sofía Arcila de Uribe es la dueña y poseedora del inmueble; 4º Negó la existencia, actual y pretérita, de contrato alguno de arrendamiento entre él y cualquiera de los demandantes; y 5º Afirmó con insistencia ser arrendatario de Sofía Arcila de Uribe, según documento y pruebas literales complementarias que adujo para tratar de demostrarlo. En síntesis, dijo ser tenedor en virtud de un título precario derivado, no de los demandantes, sino de un tercero que no fue parte en el proceso.

Pero consignó Rubén Uribe Arcila este planteamiento **en su respuesta a la demanda?** No lo hizo, y no vale que lo hiciera en ambos o en cualquiera de los juicios de lanzamiento que contra él se siguieron, porque en éstos no fueron parte los once demandantes que ahora lo son en el plenario, sino apenas dos de ellos.

b) Por lo que toca con las demandadas y recurrentes Nury de Salcedo y Libia de Tobón, ellas tampoco plantearon en sus **respuestas a la demanda** la posición que a lo largo del proceso han pretendido tener: la de no ser poseedoras del inmueble, sino simples ocupantes materiales del mismo sin ánimo de señor y dueño.

Por todo lo anteriormente expuesto, la posesión de los demandados debe tenerse como demostrada en virtud de las disposiciones legales en antes citadas.

6. No obstante, y para mayor abundamiento, ocurre que en el proceso hay otras pruebas demostrativas de que los deman-

dados recurrentes son poseedores del bien reivindicado, según lo que a continuación se explica:

A Rubén Uribe Arcila

a) En el contrato de arrendamiento que dijeron celebrar entre ellos Sofía Arcila de Uribe y su hijo Rubén, se fijó un término de duración de seis años, que expiró el 5 de noviembre de 1958, o sea aproximadamente siete años antes de presentarse la demanda que originó este proceso. Por lo tanto, el título precario que tal demandado invoca desapareció desde aquella fecha (ordinal 2º del artículo 2008 del Código Civil), puesto que no se adujo ninguna prueba de que hubiera habido tácita reconducción por pago de cánones posteriores a la terminación del arriendo, ni renovación expresa del mismo.

Ello es indiscutible en vista de lo dispuesto por el artículo 2014 del citado Código, que dice: "Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera. Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes..."

La conclusión que acaba de sentarse no se altera en modo alguno por razón de las reformas legales tocantes con el contrato de arrendamiento, ya que éstas sólo se aplican al inquilino que continúe pagando el precio estipulado, hecho que, según quedó visto, no se demostró.

b) Se está pues, en presencia de un demandado en juicio reivindicatorio que no acepta ser poseedor. Afirma que es tenedor del inmueble en virtud de un título precario inexistente. Y reconoce que lo está ocupando materialmente desde hace varios años. Cuál es, consideradas estas circunstancias, su verdadera posición jurídica en el litigio?

Es cierto que "Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume... la continuación del mismo orden de cosas" (inciso segundo del artículo 780), y que "El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión" (artículo 777). Mas aquella presunción, que no es de derecho sino simplemente legal, puede ser destruida, como en efecto lo fue con la prueba de que el título precario esgrimido por Rubén Uribe Arcila, como razón justificativa de haber entrado a ocupar materialmente el inmueble, dejó de tener existencia legal desde mucho tiempo antes de iniciarse el proceso; lo que por otra parte pone de manifiesto que no fue el solo lapso de tiempo, sino la extinción del título precario, lo que produjo la mutación del estado de tenencia que aquél ha intentado hacer valer.

c) Quedaría aún la hipótesis prevista por el inciso final del artículo 775, consistente en que quien ocupa la cosa sin haber de por medio ningún título precario, la tenga no obstante "reconociendo dominio ajeno".

Mas la significación y el alcance de esta disposición legal, jamás pueden llegar al extremo de que a demandado en juicio reivindicatorio le basta con afirmar gratuitamente que reconoce dominio de un tercero distinto del demandante o demandantes y extraño en un todo al proceso. Semejante conclusión equivaldría a hacer nugatoria la acción de dominio, dejándola completamente al arbitrio de una simple manifestación del reo.

d) Sólo subsiste pues, el hecho escueto y desnudo de que Rubén Uribe Arcila tiene el **corpus** y se limita a negar el **animus** mediante la afirmación, no demostrada sino por el contrario, plenamente destruida con los títulos de los actores, de que su señora madre es la dueña del inmueble. En estas condiciones, no hay el menor rastro de contraevidencia en concluir que, frente a los demandantes, quienes no lograron probar la existencia de ningún vínculo contractual que los haya ligado alguna vez con ese demandado, Rubén Uribe Arcila es poseedor y no mero tenedor de la cosa reivindicada.

e) Por lo demás, la circunstancia de haber afirmado y sostenido los actores, en repetidas ocasiones, que entre Rubén Uribe Arcila y Ana María Gaviria viuda de Uribe hubo un contrato de arrendamiento, hecho que, se repite, no pudo demostrarse en el proceso, no determina la inconducencia de la acción de dominio. En el hecho duodécimo de la demanda se afirma con toda claridad y precisión que los demandados son "los **actuales poseedores** (se subraya), que lo son de mala fe, sin ningún título, y que disfrutan del inmueble"; y en los fundamentos de derecho invocados en el mismo libelo, dice el común apoderado de los actores: "Afirmo desde el partir que los demandados son **poseedores actuales** (se vuelve a subrayar) del predio de la Plazuela Uribe Uribe..." Como quedó visto, la posesión presente no excluye la tenencia pretérita, ni viceversa.

f) Finalmente, se advierte que las otras pruebas que la censura estima omitidas en el fallo acusado sí fueron apreciadas, a más de que algunas de las enumeradas en el cargo son meras manifestaciones unilaterales del demandado Rubén Uribe Arcila que no tienen el carácter de confesión, porque no lo perjudican en la acción de dominio, sino lo favorecerían, o sea declaraciones de su personero, hechas casi todas en oportunidades distintas de las que preveía el inciso final del artículo 607 del Código Judicial, y las restantes, favorables que no perjudiciales para su representado.

B Nury de Salcedo y Libia de Tobón

a) En el proceso, sea dicho ante todo, se probó plenamente que estas demandadas son **ocupantes materiales** del inmueble, según consta por las respuestas dadas a la repregunta sexta de las que el apoderado de ellas sometió a los siguientes testigos de la parte actora: Jorge Martínez Vélez, Joaquín Mora Mora, Alonso Hoyos Gómez, Emilio Vélez Morales y Hernán Jaramillo Mejía. La cuestión se reduce, por lo tanto, a determinar lo concerniente al **animus**.

b) No hay en el expediente prueba alguna de que Nury de Salcedo haya reconocido dominio ajeno. La sola calidad que aparece haber invocado, y lo hizo **erga omnes** hace varios años en juicio de pertenencia, es la de poseedora material del inmueble en forma pública y pacífica por más de 20 años, contados hacia atrás desde entonces. Y en este proceso ordinario, se limitó a negar el hecho en que la demanda la señala como poseedora actual.

No habiéndose aducido a los autos ningún elemento probatorio tendiente a establecer que la ocupación del bien, por esta demandada, provenga de título precario, ni se ejerza con reconocimiento de dominio ajeno, su posesión material quedó debidamente acreditada. Si se consideraba mera tenedora, ha debido proponer la excepción dilatoria correspondiente, cosa que no hizo.

c) Libia de Tobón, cuya calidad de ocupante del inmueble fue igualmente demostrada según lo dicho en el ordinal a) anterior, afirmó en su demanda de pertenencia, incoada el 6 de julio de 1956, ser poseedora desde hacía más de 20 años y muy cerca de 30, agregando en forma sorprendente que desconocía la existencia de otros posibles interesados en la propiedad del bien.

En las posiciones que absolvió en este plenario, declaró que ocupaba la casa por autorización de Sofía Arcila de Uribe, su señora madre, "quien era la dueña" y "tuvo título de propiedad, comprado a doña Paulina Arango". Mas estas afirmaciones, que no constituyen prueba de confesión, puesto que la favorecen, y que si la constituyeran serían legalmente ineficaces para demostrar el dominio de un bien raíz, están abiertamente contradichas por los títulos de propiedad aportados por los demandantes al proceso.

De otro lado, repítese que la simple afirmación de reconocer que el dueño de la cosa es un tercero ajeno al proceso, hecha por el demandado en oportunidad distinta de la respuesta a la demanda (en este caso, como respuesta a una pregunta formulada en posiciones) y ante la pretensión reivindicatoria de actores que probaron plenamente ser los únicos dueños del bien perseguido, carece de toda eficacia en orden a establecer que aquél es tenedor y no poseedor.

En virtud de las razones expuestas, ninguno de estos cargos prospera.

C La identidad del inmueble

Unico cargo de la demanda de Rubén Uribe Arcila y primero de la de Libia Uribe Arcila de Tobón

1º Aquél se formula diciendo que el sentenciador de segunda instancia incidió en varios errores de hecho, a consecuencia de los cuales violó "indirectamente los Arts. 946, 949 y 952 del C. Civil, por aplicarlos a un caso que ellos no regulan, ésto es, a una especie en que no aparece comprobada la identidad entre el bien pretendido y el bien a que aluden los títulos y documentos con que se pretende el dominio sobre el mismo inmueble".

Tales errores de hecho fueron:

a) "Tener por demostrado el factor de la identidad de la cosa en litigio con la aceptación de los demandados, cuando no existe ninguna prueba que acredite esta aceptación. Aparece, al revés, que la parte demandada negó tal identidad, lo que hizo al dar respuesta a la demanda, respuesta que no tuvo en cuenta el fallo. Por donde se ve que el error de hecho es doble y doblemente ostensible";

b) "Dar por comprobada con el acta de inspección ocular la identidad del inmueble que ocupan los demandados con el bien a que se refieren los títulos aportados por los demandantes para acreditar su pretenso dominio sobre aquel inmueble. El fallo le atribuye a la inspección ocular o al acta que de ella se extendió un contenido probatorio que no ofrece, incurriendo así en una palmaria contraevidencia";

c) "Dar por comprobada tal identidad con una prueba documental supuesta"; y

d) "Atribuirles a esos testimonios (los aducidos por los demandantes) un contenido probatorio que ellos no ofrecen, en ver en ellos una prueba de la identidad, cuando ni siquiera aluden a ella".

Y para fijar el alcance de la impugnación, expresa este recurrente: "Admito que el acta de la inspección ocular comprueba la identidad entre el inmueble singularizado en el hecho primero de la demanda inicial y el ocupado por los demandados; pero ésto no era ni es bastante para la acogida y prosperidad de aquella acción. Se necesitaba también de manera ineludible acreditar que ese inmueble del hecho primero de la demanda es el mismo de que tratan los títulos y demás documentos aportados por los demandantes, para justificar su pretenso derecho de dominio. Esta última identidad no se estableció aquí y de consiguiente la acción reivindicatoria no podía ser acogida ni prosperar con respaldo en los títulos dichos".

2º El cargo que sobre el particular dirige Libia Uribe de Tobón contra la sentencia impugnada, está planteado así: "Finalmente la sentencia incidió en otro notorio error de hecho al tener por demostrada en este juicio, sin prueba alguna, la identificación del inmueble a que aluden los títulos todos presentados por los demandantes. La inspección ocular practicada en este proceso y que obra a los Fls. 89 y ss. del C. Nº 2, identificó el inmueble singularizado en el petitum de la demanda inicial de este mismo litigio, pero no el inmueble a que hacen referencia los títulos mencionados. Al dar por comprobada tal identificación sin ninguna prueba que la establezca, el fallo incurrió en un ostensible error de hecho. Y para evitar la sofistería de la parte opositora, recuerdo a este propósito que los demandados negaron todos los hechos de la referida demanda inicial, y que en ningún momento ni con palabra ni frase alguna, han admitido esa identificación".

Este yerro, en concepto de la censura, trajo por consecuencia que el Tribunal violara "los artículos 946, 949, 952, 961, 962, 964 y 971 del C. C., por aplicación indebida, y los artículos 965, 966, 969 y 970 ibídem, por falta de aplicación".

La Corte observa

1. En la escritura Nº 1445 del 6 de octubre de 1893, de la Notaría Primera de Medellín, mediante la cual don Fernando Vélez compró el inmueble e hizo las adjudicaciones correspondientes, se expresan los siguientes linderos: "Por el frente, que da al Sur, con la plazuela de San Roque, o sea con la calle de Pichincha; por el Oriente, con la calle de Junín; por el Norte, con casa y corral del señor Alejandro Posada A.; y por el Occidente, con casa y corral del doctor Andrés Posada A."

Idéntico alindamiento expresan todas las escrituras posteriores, constitutivas de la titulación aducida por los demandantes, para demostrar su copropiedad actual en el inmueble, como puede comprobarse en la lectura de cada una (C. Nº 1).

2. En el hecho primero de la demanda con que se inició este proceso, los linderos del bien raíz reivindicado se determinan así: "Por el frente, que da al Sur, con la Plazuela de San Roque, hoy Plazuela Uribe Uribe, o sea, con la calle de Pichincha; por el Oriente, con la calle Junín (hoy carrera Junín); por el Norte, con casa del señor Alejandro o Alejandrino Posada; y por el Occidente, con casa y corral del doctor Andrés Posada Arango".

3. Conforme lo reconocen los recurrentes, la identidad entre la cosa que se demanda y la ocupada por los demandados, se estableció plenamente merced a la inspección ocular. Su reparo consiste en que no hay prueba de que el objeto de la acción de dominio sea el mismo cuya propiedad acredita la titulación de los demandantes.

El cargo, como puede verse, carece de todo fundamento, puesto que el inmueble está alindado en la demanda de idéntica manera a como aparece alindado en toda la titulación traída al proceso por los actores. Lo cual pone de manifiesto palmariamente que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que en estos cargos se le imputan.

Por lo tanto, se rechazan.

D La mala fe de los poseedores

Primer cargo de la demanda de Rubén Uribe Arcila y tercero de la de Libia Uribe Arcila de Tobón

1. El cargo que sobre el particular formula Rubén Uribe Arcila, consiste en que el Tribunal quebrantó indirectamente, a consecuencia de varios errores de hecho, "por aplicación indebida, los dos primeros incisos del Art. 964 del C. Civil y, por falta de aplicación, los Arts. 769, 965, 966, 969 y 970 ibídem".

Explica así el impugnador el alcance de estas infracciones: "No estando demostrado que el doctor Uribe Arcila haya sido poseedor de mala fe, tampoco podía ser condenado a restituir frutos desde la indeterminada fecha de la ocupación del inmueble, al decretar esta condena, el fallo violó, por aplicación indebida, el Art. 964 del C. Civil, en sus dos primeros incisos, y quebrantó también, por falta de aplicación, el Art. 769 ibídem, que establece la presunción de buena fe, no desvirtuada aquí, y los Arts. 965 y 966 del mismo cuerpo legal, que consagran el derecho del poseedor o del tenedor de buena fe, a que se le pague el valor de las mejoras necesarias y de las útiles que hayan acrecentado el valor venal de la cosa. La sentencia infringió también, por falta de aplicación, el Art. 970 ibídem, que establece en favor del poseedor o del tenedor el derecho de retener la cosa mientras no se le abone el valor de las mejoras que le debe ser cubierto".

Como errores de hecho generadores de estas violaciones, indica la censura los siguientes:

a) "Suponer o dar por existente una prueba demostrativa de la pretendida tenencia precaria y de la consecuente mala fe que gratuitamente le atribuye (el Tribunal) al doctor Uribe Arcila", a pesar de no haber en los autos ninguna que demuestre "la entrega en tenencia precaria ni contractual del inmueble mencionado al doctor Uribe Arcila, por parte de los demandantes o de alguno de sus causantes";

b) "Suponer y dar por existentes pruebas demostrativas de que el doctor Uribe Arcila ha pretendido mudar o intervertir su título de tenedor para adoptar la calidad de poseedor"; y

c) Tener por demostrado que Rubén Uribe Arcila "ha ejercido clandestinamente, no digo una posesión que nunca tuvo, sino la tenencia que por contrato le otorgó doña Sofía de Uribe Márquez", y "omitir tener en cuenta la confesión hecha por los actores en su demanda, las posiciones absueltas por los demandantes, doctores Uribe Gaviria y los testimonios de los quince testigos antes nombrados (Arturo Tobón, Eustorgio García Londoño, Antonio Ruiz Quintero, Eduardo Maya, Oscar Tejada Cano, José Uriel Zapata, Gilberto Arbeláez, Leonidas Paeces, Eduardo Jaramillo, Antonio Nieto, Arturo Ochoa Gómez, Jorge Martínez Vélez, Joaquín Mora Mora, Alonso Hoyos Gó-

mez y Emilio Vélez Morales), pruebas éstas que acreditan de manera plena que el doctor Rubén Uribe Arcila, ha venido ocupando y teniendo en forma continua la casa de la Plazuela Uribe Uribe, durante más de veinte años y no en secreto, sino en público".

2. Libia Uribe de Tobón, impugna su calificación de poseedora de mala fe, hecha por el sentenciador de segunda instancia, advirtiendo que éste no vio ni tuvo en cuenta para nada el testamento de Paulina Arango Gaviria, mediante el cual instituyó como herederos universales suyos a Zoilo, Carlina y Tulia Vásquez A., ni la escritura por la cual tales asignatarios cedieron a Sofía Arcila de Uribe "la tercera parte de los derechos herenciales que a ellos les correspondían como herederos en la sucesión de doña Paulina Arango Gaviria, derechos vinculados a una casa situada en Medellín, en el cruce de la calle Pichincha con la carrera Junín".

Con esta base, formula el cargo así: "Al ignorar o no querer apreciar la existencia de los instrumentos últimamente citados y al no motivar, con base en esas pruebas, la cuestión de la mala o de la buena fe, se demuestra que el fallo acusado incurre en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, lo cual constituyó una violación medio que trajo como resultado el quebrantamiento de las normas establecidas en los artículos 768, 769, 963 y 964 del C. C., o sea, el artículo 769 y los incisos primero y segundo del artículo 768 por no aplicación al caso del pleito; el artículo 963 inciso primero y el artículo 964, inciso primero por aplicación indebida al caso del pleito".

Considera la Corte

1. El artículo 768 del Código Civil reza: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Conforme al texto legal transcrito, no se puede ser poseedor de buena fe sin tener un título constitutivo o traslaticio de dominio, puesto que ésta es la conciencia, persuasión o convencimiento de "haberse adquirido" la cosa por medios legítimos, bien sea "de quien tenía la facultad de enajenarla", caso en el cual se requiere título traslaticio y tradición (inciso cuarto del artículo 764), bien sea por virtud de ocupación, accesión o usucapión, caso en el cual el título es constitutivo (inciso segundo del artículo 765).

El poseedor sin título no puede ser poseedor de buena fe, salvo en el caso excepcional de que invoque prescripción adquisitiva extraordinaria (ordinal 2º del artículo 2531 del citado Código), que no es el caso de ninguno de los demandados en el proceso.

No habiendo exhibido éstos título alguno, traslaticio de dominio, como quedó sentado en el despacho de cargos anteriores, ni invocado título constitutivo, es forzoso concluir, como lo hizo el Tribunal en la sentencia acusada, que todos ellos son poseedores de mala fe. La presunción de que trata el artículo 769, quedó destruida mediante el hecho de no tener título los demandados, hecho que, por ser negativo indefinido, no era susceptible de prueba (artículos 595 del Código Judicial), y mediante el hecho positivo, demostrado plenamente con las escrituras de venta de Paulina Arango Gaviria y Antonio José Uribe Gaviria, en 1893, y a Juan Bautista Herrera, en 1903, de que ni siquiera Sofía Arcila de Uribe, de cuya propiedad y posesión pretenden derivar los demandados, derecho de ocupar el inmueble, pudo nunca tener la conciencia de haber recibido la cosa "de quien tenía la facultad de enajenarla", pues debió averiguar y conocer la decisiva circunstancia de haber recibido la cosa "de quienes dijeron transferirle una parte del dominio, no lo tuvieron jamás. Adviértase que esta situación nunca fue "ratificada" ni consentida por los demandantes, lo que hubiera podido sanear o regularizar, con efecto retroactivo, el título en que Sofía Arcila de Uribe, pretendiera afianzar la posesión

Conclúyese de lo dicho, que si las pruebas indicadas por la censura, fueron en efecto preteridas por el Tribunal, los errores que de ello pretenden derivarse carecerían de toda trascendencia para los efectos del recurso extraordinario.

2. En cuanto a que Rubén Uribe Arcila sea "tenedor de buena fe" del inmueble (terminología de que el recurrente se vale con probable apoyo en el artículo 971 del Código Civil), es tesis que se despeña ante el hecho, plenamente demostrado, de que carece de título precario y de que se limita a afirmar que reconoce dominio de quien no lo tiene ni lo ha tenido nunca, según pruebas que obran en los autos y que ya fueron objeto de examen.

3. Es verdad que el Tribunal omitió decidir sobre las expensas necesarias que Rubén Uribe Arcila alega haber hecho en el inmueble. Mas este recurrente no alegó en su demanda de casación incongruencia por este motivo. Invocó la causal primera en vez de la segunda, razón suficiente para tener que rechazar esta impugnación.

Abono por mejoras útiles tampoco podía decretarse a su favor, comoquiera que el artículo 966 lo excluye para el poseedor de mala fe.

De consiguiente, debe también negarse el cargo de violación del artículo 970, puesto que no prosperando los relativos a reconocimiento de expensas necesarias y mejoras útiles, es imposible reconocerle a este demandado el derecho de retención que, en razón de saldos por esos conceptos, establece dicha disposición legal.

4. Finalmente, demostrado como está que los demandados poseen de mala fe, el Tribunal aplicó en debida forma los dos primeros incisos del artículo 964, relativos a restitución de frutos.

Por lo tanto, ninguno de estos últimos cargos prospera.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia, objeto del recurso extraordinario, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes, por partes iguales.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Accesión: edificación en predio ajeno. — Retención del constructor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que el demandado Bernardo Isaza Londoño interpuso contra la sentencia de 12 de febrero de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario que le promovió Camila Londoño de Palacio.

I

El litigio

1. En demanda que correspondió al Juzgado Tercero Civil Municipal de Cali, entonces competente, Camila Londoño de Palacio, entre otras cosas, pidió:

a) Que se la declarase dueña de "un lote de terreno y sus construcciones, o sea una casa de habitación de tres plantas..., ubicada en el barrio 'La Chanca' o 'Sindicato', entre las carreras 14 G y 14 H, distinguida la casa con el número 1-61 de la nomenclatura de Cali... incluyendo un pequeño lote de terreno y una enramada en él construida de paredes de ladrillo, con frente a la carrera 14 H, situado en el área urbana de Cali...", cuyos linderos se determinan en la demanda;

b) Que consecuencialmente se condenase al demandado a restituirle ese inmueble y a pagarle el valor de sus frutos naturales y civiles; y

c) Que, por ser el demandado poseedor de mala fe, se declarase que ella no está obligada a indemnizar las expensas necesarias a que refiérese el artículo 965 del Código Civil.

2. Los hechos que enseguida se compendian, constituyeron la causa para pedir:

a) La demandante compró a Dora Jaramillo de Isaza el inmueble materia del litigio, como consta en la escritura Nº 933 otorgada el 23 de septiembre de 1964 ante el Notario 3º de Armenia; ésta, a su vez, lo había adquirido así: el terreno por compra a José González Londoño, como reza la escritura Nº 2661 corrida el 8 de septiembre de 1956 en la Notaría 3ª de Cali, "y las mejoras por haberlas levantado a sus propias expensas", como se dice en la escritura número 3778 de 18 de octubre de 1962, otorgada allí mismo. González Londoño, su antecesor, adquirió, en mayor extensión, parte por compra a Rogelio Suárez y otros, como aparece en la escritura Nº 1141 de 28 de mayo de 1945 de la Notaría 2ª de Cali, y parte a Hernando, Ramiro y María Francisca Guerrero, según se acredita con la escritura Nº 1333 de 23 de mayo de 1944, pasada en la Notaría 1ª de la misma ciudad.

b) Son idénticos el inmueble que se reivindica y el relacionado por la citada cadena de títulos.

c) La demandante no ha enajenado ese bien, cuyo título de adquisición se encuentra vigente; pero está privada de la posesión material, la cual detenta el demandado Bernardo Isaza Londoño.

d) Este, quien había contraido matrimonio católico el 27 de agosto de 1951 con Dora Jaramillo de Isaza, su antecesora inmediata en el dominio del bien, aprovechando las circunstancias de que ésta, "a raíz de desavenencias conyugales en el año de 1962, fijó su residencia en el Municipio de Calarcá... y de que explotaba y explota, en la planta baja de la casa, un negocio de expendio de leche, resolvió apropiarse del inmueble sin justificación legal alguna".

Por esta razón, la demandante "no ha podido entrar en posesión del inmueble, pues éste no le fue entregado materialmente por la vendedora, por estar ejerciendo la posesión el señor Bernardo Isaza Londoño".

3. El demandado se opuso a las pretensiones de la demandante y, además, instauró demanda de reconvención, en la que solicita se declare: que es dueño pleno de la edificación construida sobre el lote de terreno materia de la reivindicación; que, consecuencialmente, la reconvenida Camila Londoño de Palacio debe pagarle como valor de esa edificación, la suma de **doscientos mil pesos** ($ 200.000.00), o la que determinen los peritos, más los intereses legales correspondientes; y que mientras no se le pague el valor de la edificación, tiene derecho a retener el inmueble, pues sobre él ejerce "posesión de buena fe y con justo título".

4. Los hechos en que consiste la **causa petendi** de la contrademanda son: que desde el mes de agosto de 1956, Bernardo Isaza Londoño "empezó a edificar a sus expensas y de su propio peculio", la casa de habitación de tres plantas, distinguida con los números 1-59 y 1-61, de la carrera 14 G y 1-115 de la carrera 14 H de Cali, sobre el lote de terreno, materia de reivindicación; que la referida construcción, cuyo costo fue de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), la hizo "a ciencia y paciencia" de los presuntos dueños del terreno y sin reclamación de ellos; que sólo cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda incoativa de este proceso, "se enteró de que la demandante Londoño de Palacio reclamaba derechos sobre tal inmueble"; y, finalmente, que desde el mes de agosto de 1956 "ha ejercido la posesión tranquila, continua, pacífica y con ánimo de señor y dueño sobre la totalidad del inmueble, sin que persona alguna le hubiere perturbado tales actos o impedido ejecutarlos".

5. También con oposición de la contrademandada en este punto, adelantóse la primera instancia, que culminó con fallo del 16 de septiembre de 1968, que acogió todas las súplicas de la demanda principal, consideró al demanado como poseedor de mala fe, rechazó las peticiones de la contrademanda e impuso las costas a la parte vencida.

Apelada por el demandado reconveniente esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 12 de febrero de 1971, la confirmó.

III

Fundamentos del fallo del Tribunal

A. El sentenciador se refiere inicialmente a la acción reivindicatoria para concluir que en el caso **sub-judice** están probados los elementos que la configuran: dominio en la demandante, posesión del demandado e identidad de la cosa reivindicada. Discurre luego sobre los efectos del hecho de edificar en suelo ajeno para concluir que "no se concibe el ser simultáneamente poseedor y mero tenedor de un bien, pero sí cabe la posibilidad de que, en lo tocante a mejoras en suelo ajeno, se tenga inicialmente este carácter y luego se trueque por aquél, hipótesis que puede ser la del presente negocio".

Desarrollando este punto, dice el Tribunal: "para el caso en estudio la demandante ha comprobado su dominio sobre el inmueble reivindicado, mediante la copia notarial de la escritura 933 de septiembre 23 de 1954... con nota de haberse registrado...; la vendedora había adquirido a su vez el terreno por compra a José María González, mediante escritura 2661... y la edificación por haberla construido allí a sus expensas según expresan las declaraciones protocolizadas con escritura 3778 de 18 de octubre de 1962, otorgada en la misma Notaría Tercera. El que se trate de cosa singular, resulta de que según las escrituras presentadas y la inspección ocular efectuada, el bien materia de la reivindicación, es un cuerpo cierto, perfectamente determinado por su ubicación y linderos y otras circunstancias. En cuanto a la posesión material 'actual' del demandado, está admitida en la contestación de la demanda, lo que constituye confesión judicial y... por la inspección ocular quedó comprobada la identidad del bien".

De lo anterior concluye el Tribunal, que la demanda principal debe prosperar, mas teniendo de presente, por fluir del haz probatorio, que "el ejecutor de las mejoras"

plantadas en el inmueble que se reivindica, lo fue el demandado Bernardo Isaza Londoño.

Acerca de las prestaciones mutuas a que tienen derecho los poseedores, según lo sean de buena o mala fe, hace el sentenciador pormenorizado estudio. Y partiendo de las conclusiones a que, en el punto, llega, manifiesta: "en el caso de autos el demandado no solamente no adujo título alguno, traslaticio o constitutivo, de donde proviniese su posesión —lo cual basta para excluir la buena fe, puesto que faltaría el 'medio legítimo' de adquisición—, sino que además no pudo sufrir error acerca del verdadero dueño, porque, según la declaración de una de sus propios testigos, el vendedor señor José María González... aun cuando la negociación se adelantó con el señor Bernardo Isaza, la venta o escritura, a cuyo acto también concurrió éste o estuvo presente, se le hizo a su esposa, señora Dora Jaramillo de Isaza; y efectivamente a favor de ella figura la enajenación. En consecuencia, por no haber aducido justo título en respaldo de su posesión y serle imposible ignorar que su esposa era la dueña del lote de terreno, al nombrado señor Isaza, ha de considerársele como poseedor de mala fe", y, por tanto, con derecho solamente, respecto a las mejoras de la tercera planta, a retirar los materiales si el propietario rehusa pagarle el valor que tendrían después de separados, "sin cabida, además, para derecho de retención, pues no es lo mismo 'mejoras' que 'materiales' y no se trataría ya del valor ni de saldo por reclamar referente a mejoras".

Explica el sentenciador que el derecho del demandado para "cobrar o retirar materiales, queda limitado a lo agregado en la tercera planta, pues ésto fue lo realizado por el demandado ya como poseedor, mientras que el resto de la edificación lo fue teniendo él la calidad de mero tenedor, puesto que reconocía dominio al dar por ajeno el terreno: pues como aquí estamos viendo sobre una acción reivindicatoria, la cual es referida a la posesión de un terreno y no a la tenencia, las mejoras que éste haga valer no pueden ser sino las efectuadas durante esa su posesión, que enfrenta al dominio alegado por el actor, y no las que ya se encontraban allí, cuando la posesión se inició cuyo tratamiento, por corresponder a una etapa y a una situación diferentes, pertenece a un régimen distinto".

B) Desatada favorablemente la demanda principal, el sentenciador acomete enseguida el estudio de las súplicas de la contrademanda, que, por aparecer oscura, interpreta en el sentido de que tiende al "cobro del valor de mejoras plantadas en suelo ajeno" con derecho de "retención hasta que se efectúe el pago de las mismas". A esta interpretación llega fundado en que la declaración "de pertenencia de la edificación a que se refiere la petición primera, perfectamente puede deberse al error muy común o a la mala costumbre de llamar dueño de las mejoras hechas en suelo ajeno a quien las ejecuta, cuando conforme a la ley, en tal caso, éste apenas es mero tenedor del terreno y mejoras, porque por accesión el dominio de éstas, corresponde al dueño de aquél" y que lo expuesto se confirma no sólo con la lectura de las demás peticiones, sino también con "la alusión al artículo 739 del Código Civil al dar los fundamentos de derecho, y además porque en el hecho 4º se habla de haber hecho la construcción sin que hubiera mediado, hasta hoy, ninguna reclamación o acción por parte de terceros o presuntos dueños, que tratasen de impedirla', fuera de que en ninguna parte de los hechos, se sugiere siquiera que la edificación fuese en propio terreno".

Finalmente, en cuanto a "la posibilidad de que en lo tocante a mejoras en suelo ajeno se tenga inicialmente" el carácter de mero tenedor, que luego se trueque por el de poseedor, el ad-quem razona así:

"1. En el hecho undécimo de la demanda principal se afirma que el señor Isaza comenzó a poseer 'desde el mes de octubre de 1962', y en la contestación de la misma, se confirma la posesión aunque aclarando que fue desde un principio (mediados del 56); pero esta posesión desde el 56, no ha sido demostrada en absoluto, luego es indiscutible la posesión en una etapa, posesión afirmada por ambos, aunque con la limitación resultante de la fecha dada por el actor y de la no prueba para de allí hacia atrás por el demandado. 2. Que previa a esa etapa posesoria sí hubo la de mera tenencia, re-

sulta en primer término de no haber probado como ya se dijo, posesión en la etapa inicial, pues que los declarantes del señor Isaza se refieren a la ejecución de las mejoras, mas no a la posesión, salvo uno solo, el señor Marco Tulio Herrera, quien no fundamenta su dicho; también resulta del certificado de la Oficina de Catastro, documento presentado por el señor Isaza; y en fin, del propio contexto general de la contrademanda".

Remata, entonces, el Tribunal así: "... que para la fecha en que hemos visto, se inició la etapa posesoria, ya se había efectuado la construcción de la casa con sus plantas primera y segunda, y una tercera planta compuesta de garaje, azotea, lavadero y un cuarto, tal como se comprueba con las declaraciones protocolizadas independientemente por cada uno de los dos esposos, con fecha 18 y 23 de octubre de 1962 respectivamente; y... que por lo que respecta a dicha construcción, efectuada en terreno conocido como ajeno, perteneciente entonces a doña Dora Jaramillo de Isaza **(cuyo conocimiento de esa construcción mientras se edificaba no se ha demostrado)**, habría simplemente un crédito personal contra ésta, sin que a su causahabiente quepa demandársela por el mismo, y con base en tal crédito, ejercerse derecho de retención frente a la nueva dueña".

III

La demanda de casación

Dos ataques formula el recurrente contra la sentencia que acaba de resumirse, ambos dentro del campo de la causal primera de casación.

Primer cargo

Denúnciase en él quebranto por la vía directa, "por falta de aplicación, del inciso segundo del artículo 739 del Código Civil en concordancia con los artículos 752, 970 y 971 del mismo Código, al decidirse desfavorablemente las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención y especialmente al negarse el derecho de retención".

Dice el recurrente que la sentencia impugnada "distingue dos etapas en la situación del demandado Isaza Londoño, con relación al inmueble de que trata la demanda principal: a) La anterior a octubre de 1962 en que se le atribuye la calidad de mero tenedor del inmueble por cuenta de su cónyuge, cuando él levantó a sus expensas la construcción de la primera y segunda planta, y una parte de la tercera, y b) La etapa posterior a aquella fecha, en la cual se le atribuye la calidad de poseedor de mala fe, y cuando se levantó la construcción adicional de la tercera planta del inmueble". Luego de transcribir algunos pasos de la sentencia acusada, dice que la situación que analiza el Tribunal, se encuentra "de manera clara en lo que dispone el inciso segundo del artículo 739 del Código Civil", pues se edificó en terreno ajeno a ciencia y paciencia del dueño de éste, por lo que el demandado es acreedor al pago de esas mejoras y tiene derecho de retención, que por ser derecho real, como tal, "tiene los atributos de persecución y preferencia, y en razón de este último atributo, el derecho es oponible a terceros, **erga omnes**".

Transcribe enseguida varias doctrinas de la Corte referentes al aludido derecho de retención, con base en las cuales afirma que puede ejercerse aún en el caso de que el dueño del terreno, y por tanto deudor de las mejoras, lo haya enajenado, y agrega: "mi poderdante ejercitó en la demanda de reconvención el derecho de retención sobre el inmueble, con fundamento en que había incorporado mejoras a ciencia y paciencia de la dueña del terreno. El Tribunal en su fallo reconoció que cuando Isaza Londoño construyó a sus expensas la primera y segunda plantas y parte de la tercera planta de la casa, era un mero tenedor del terreno, porque reconoció el dominio de éste en cabeza de su cónyuge. En este caso, como lo reconoció también el fallador de segunda instancia, no cabía la calificación de buena o mala fe para Isaza Londoño, en su calidad de tenedor y no de poseedor. Y así fue como se violó el artículo 739, inciso segundo, del Código Civil, al no aplicarlo, lo que ha debido hacerse para reconocer a ese tenedor el derecho de retención, que tiene efecto **erga omnes** y se ejercita **in re**, es decir sobre la cosa. Al confirmar el Tribunal la sentencia del **a-quo**... desconoció

evidentemente el derecho de retención de mi poderdante sobre el inmueble, derecho claro para hacerse pagar las mejoras por él incorporadas antes del 23 de septiembre de 1962; lo cual conduce a un enriquecimiento sin causa".

Como remate de la impugnación expone el recurrente que "como actor en la demanda de reconvención, tiene el derecho de retención sobre el inmueble, objeto del pleito, hasta cuando se verifique el pago de las mejoras o se le asegure dicho pago a su satisfacción, mejoras incorporadas por él antes del 23 de septiembre de 1964".

Cargo segundo

En él se acusa la sentencia, con apoyo en la causal primera, de ser violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 764, 768, 769 y 970 del Código Civil en concordancia con el artículo 739, inciso 2º de la misma obra, y por aplicación indebida de los artículos 964, 966 y 969 ibídem al calificar al demandado "como poseedor de mala fe a partir del 23 de septiembre de 1964 (sic) y como consecuencia de ello, al condenarlo a pagar los frutos naturales del inmueble, a partir de esa fecha, y al absolver a la señora Camila Londoño de Palacios, de los cargos formulados en la demanda de reconvención... por apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas que indicaré, lo que hizo que el Tribunal incurriera en error que aparece de modo manifiesto en los autos".

Al sustentar el cargo, el recurrente transcribe pasos del fallo impugnado, relativos a las dos etapas en que, a partir de mediados de 1956, el demandado tuvo la cosa en su poder: en la primera, que arranca de octubre de 1962, como poseedor; y en la segunda, que comprende el tiempo anterior, como mero tenedor. Explica luego que el Tribunal calificó como poseedor de mala fe a Isaza Londoño "por no haber aducido justo título en respaldo de su posesión y serle imposible ignorar que era su esposa la dueña del lote de terreno", sin tener de presente los siguientes principios:

"a) Que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria; b) Que un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe; y c) Que el "simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión".

Manifiesta después que las pruebas pregonan, como lo aceptó el Tribunal, que fue Isaza Londoño quien levantó toda la edificación de tres pisos existente en el terreno litigado; que el fallador aceptó también que el edificador, cuando construyó las dos primeras plantas y parte de la tercera; era un mero tenedor, pues reconocía el dominio de su esposa sobre el terreno, ya que asistió a la firma de la escritura de compraventa, según lo declara el vendedor González. "Pero yerra el sentenciador, agrega el impugnante, cuando de esa declaración de José María González, deduce que Isaza Londoño se convirtió en poseedor de mala fe a partir del mes de octubre de 1962. El testigo González... sencillamente dice lo siguiente: que negoció el terreno con el señor Bernardo Isaza por la suma de $ 3.000.00; que el lote fue pagado por el mismo Isaza, se ignora si con dineros de él o de su esposa; que la escritura de venta se hizo a favor de ésta por autorización de él y que ambos concurrieron a la Notaría el día de la firma de la escritura. De suerte que el dicho de ese testigo no se refiere a la época en la cual se ha pretendido reputar al señor Isaza Londoño, como poseedor, sino a la época o momento en el cual se adquirió el terreno y ya se vio cómo la sentencia recurrida reconoce que cuando el demandado levantó las primeras construcciones, era un mero tenedor, por cuenta de su esposa; y se vio también que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión. Luego hay que concluir que existe error de hecho en la apreciación del mencionado testimonio".

Añade el censor que "otra prueba que el sentenciador estimó equivocadamente es el certificado de la oficina seccional de Catastro del Valle... ésta es una prueba más de que mi mandante siempre ha pretendido posesión sobre las mejoras, pero no sobre el terreno que reconoció como de propiedad de la señora Dora Jaramillo de Isaza en el año de 1963, ante la oficina de Catastro, en solicitud firmada por él. Al apreciar este documento como prueba de posesión de todo el inmueble y de posesión de mala fe, incurrió el fallador en evidente error de hecho".

Finalmente dice que el Tribunal concluyó, con base en ocho declaraciones de testigos, que se llegó a comprobar que el ejecutor de las mejoras fue Isaza, y que reconoció también que tales declarantes "se refieren a la ejecución de las mejoras, mas no a la posesión, salvo uno solo, el señor Marco Tulio Herrera, quien no fundamenta ese hecho".

De lo anterior concluye el recurrente: "a) Que no aparezca acreditada la mutación de la tenencia de Isaza Londoño en posesión... para sostener que se convirtió en poseedor de mala fe en el mes de octubre de 1962... b) Que Isaza Londoño nunca se ha demostrado como poseedor clandestino o violento, que serían, eso sí, casos para presumir en él mala fe, por expreso mandato legal; c) Que el demandado ha pretendido siempre ejercer una posesión sobre las construcciones o mejoras, por haberlas efectuado él; d) Que si por la anterior circunstancia incurrió en un 'justo error de hecho', según las voces del artículo 768 del Código Civil, ésto no se opone a la buena fe; e) Que el sentenciador, al argumentar que el demandado debe tenerse como poseedor de mala fe, por no haber presentado título constitutivo o traslaticio de dominio en relación con el terreno, también sufrió error al confundir al poseedor regular con el poseedor de buena fe..."; f) Que en la vida corriente, en nuestro medio ... existe el error común de llamar dueño de las mejoras hechas en suelo ajeno a quien ejecuta, implanta o incorpora tales mejoras de donde se sigue que también es común la creencia o actividad de que el mejorista se considere poseedor de las mejoras, sin desconocer el dominio y la posesión del dueño del terreno en relación con éste; g) Que no existe ninguna prueba que lleve a la conclusión de que... Isaza Londoño hubiese tornado su ánimo de mero tenedor del terreno en poseedor, sino que él ha mantenido la creencia y ánimo de poseedor de la edificación, o sea de las mejoras, por haberlas incorporado en el lote (sic) sin oposición de nadie y antes por el contrario, a ciencia y paciencia del titular del derecho de dominio sobre la tierra".

De lo anterior concluye el recurrente, entre otras cosas, que se dejó de aplicar el artículo 970 del Código Civil, que consagra derecho de retención en beneficio del poseedor vencido que tiene saldo a su favor en razón de mejoras.

La Corte considera

1. En tratándose de accesión de cosas muebles a inmuebles, regulada en el Capítulo 4º del Título 5º del Libro 2º del Código Civil, conviene advertir que, según su artículo 739, el dueño del terreno está legitimado para obligar al que edificó o plantó en su predio, a pagarle el justo precio del terreno, con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios; y que también tiene facultad para hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las respectivas indemnizaciones. Nótase claramente que el artículo precitado, en ninguno de sus dos incisos, confiere derecho independiente a quien ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno, para demandar del propietario del predio el pago del valor del edificio, plantación o sementera o para obligarlo a que le venda el terreno mejorado, mientras tenga el bien en su poder.

2. Y como, en principio, quien es señor de la tierra pasa a serlo, por el modo de la accesión, de lo que otro edifica en ella en virtud de que lo accesorio es atraído por lo principal, síguese que, en tal evento, el edificador no tiene un derecho de dominio tal sobre la mejora que le faculte para disponer de ella a su antojo o para impedir que el dueño de la tierra la haga suya. El señorío de la mejora, entonces, lo adquiere éste por el modo originario de la accesión, y no por derivarlo de un acto de voluntad del mejorante, quien, como adelante se dirá, sólo tiene un derecho crediticio por el valor de la edificación o por el de las prestaciones mutuas, en su caso. Este derecho crediticio que el artículo 739 apuntado conceda al mejorador, no es autónomo, sólo puede ser ejercitado por éste, cuando el dueño de la tierra haga uso de las prerrogativas que la misma disposición le otorga.

3. La ley, empero, ajustándose a las normas de la equidad y en procura de no hacerse cómplice de enriquecimiento sin causa, concede también a quien la plantó, derecho de retención sobre la mejora, así: si

la hizo sin consentimiento del dueño de la tierra, que ejerza el derecho de adquirirla, hasta que éste le pague las indemnizaciones a que tenga derecho, como poseedor de buena o mala fe, y hasta cuando le pague su valor, si la ejecutó a ciencia y paciencia del mismo.

Cabe precisar, repitiendo, que por la índole del derecho de retención, éste sólo se concede al mejorador que está en poder de la respectiva mejora. Además, como se dijo en el punto 1, el derecho crediticio que la ley le concede, no puede, con base en el artículo 739 apuntado, reclamarse independientemente en juicio, como pretensión autónoma, sin que previamente el dueño del suelo haga valer los derechos, que como a tal le concede esa disposición.

4. En casos como el sub-judice, precisamente por no tener derecho de dominio sobre la construcción levantada en suelo ajeno, no puede el edificador, ni aún teniendo en su poder la mejora, demandar declaración de propiedad sobre la misma, ni oponerse a que el dueño del terreno pase a serlo también de ella. Sin embargo, ello no le impide solicitar la declaración de que él fue su constructor, para sacar de allí todas las ventajas que la ley concede a quien edifica en fundo ajeno.

5. Por consiguiente, el dueño de tierra urbana, como sucede en el caso litigado, que por el modo de la accesión pasa a serlo de lo que otro edificó en ella, queda vinculado al constructor en virtud del derecho crediticio que la ley otorga a éste, ya por el valor del edificio, ya por el de las llamadas prestaciones mutuas. Entonces, si aquél dispone del terreno junto con la edificación antes de cancelar el dicho crédito, como ocurrió en la especie de esta litis, resulta claro que para el nuevo adquirente no surge obligación alguna con el constructor por ese preciso concepto, pues su adquisición, tanto de la tierra como del edificio en que consiste la mejora, se ha operado para él por el modo de la tradición y no por el de la accesión. La obligación de pagar ese crédito sigue pesando, entonces sólo sobre el antecesor. Es él y no su causahabiente, quien en ese caso vino a ser propietario de la mejora por el modo originario de la accesión de cosas muebles a inmuebles y no por el de la tradición.

Sin embargo, como el edificador que no ha perdido el vínculo material con su mejora, tiene derecho a retenerla mientras no se le pague o se le asegure a su satisfacción o a la del Juez, ora el valor del edificio, ya el saldo que quede a su favor en razón de expensas o mejoras, síguese inexorablemente que si el señor del suelo dispone de éste junto con la mejora en él construida, como acaeció en la especie de esta litis, el nuevo adquirente del todo, aunque no esté obligado a pagar al mejorador nada en razón de la edificación, comoquiera que no la adquirió por el modo de la accesión, sino por el de la tradición, sí debe, empero, respetar el derecho de retención que, erga omnes tiene el constructor, como antes se vio, hasta cuando se le pague el valor del edificio, o, en su caso, el saldo a su favor por expensas o mejoras, o hasta cuando se le asegure ese pago, a su satisfacción o a la del juez. Este derecho, por tanto, se puede ejercer frente a todo el mundo y no se extingue, porque quien se hizo propietario por accesión, enajene todo el inmueble. La naturaleza misma del derecho de retención y la equidad, imperan que la retención pueda hacerse valer frente a todo el mundo.

6. En resumen: el derecho crediticio de que se habló antes, por ser personal, sólo puede reclamarse de quien, por el modo de la accesión, llegó a ser propietario del edificio, mas no de quien por el modo de la tradición lo adquirió de este último. Y en cambio, el derecho de retención puede ejercitarse no sólo frente al primero y al segundo, sino frente a todos. No sería justo que quien edificó perdiera la garantía que entraña la facultad de retener, por el simple hecho de que el propietario de la tierra la enajenara junto con la edificación.

7. Fluye de la doctrina expuesta, que en el caso litigado no se está en presencia de la situación fáctica contemplada en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, como erradamente lo sostiene el recurrente, pues el Tribunal, sin que se hubiera combatido eficazmente su apreciación, consideró que el demandado Isaza Londoño levantó el edificio sin conocimiento ni autorización de la dueña del fundo urbano. De consiguiente,

si la edificación no fue levantada a ciencia y paciencia de ésta, el **ad-quem** no podía aplicar a la solución del litigio la norma contenida en el inciso segundo apuntado. Tal la razón por la cual no pudo violar esa norma por falta de aplicación. Y tampoco infringió, por el mismo concepto, el artículo 752 ibídem, ya que la cónyuge del demandado, por efecto de la accesión, pasó a ser dueña de la edificación levantada por éste sin su consentimiento. Tales las razones para que se despache adversamente el primero de los cargos que se estudian.

8. Ahora bien, como el sentenciador encontró prueba plena no sólo de que el demandado edificó la última porción del tercer piso, sino de que él fue también el constructor de las dos primeras plantas y de la parte de la tercera que está compuesta por el garaje, la azotea, el lavadero y un cuarto, y como, además, reconoció expresamente que esa mejora, por haber sido plantada "en terreno conocido como ajeno, perteneciente entonces a doña Dora Jaramillo de Isaza", generaba en favor del constructor "simplemente un crédito personal contra ésta sin que a su causahabiente quepa demandársela por el mismo" el **ad-quem** estaba obligado a concluir que el demandado tenía derecho de retención sobre todo el edificio, pues, como se dejó visto, este derecho puede ejercerse no sólo frente a quien, por el modo de la accesión, adquiere la edificación levantada por otro en su fundo, que es contra quien se tiene el derecho crediticio que nace de la confección de mejora, sino también frente a quien es causahabiente de aquél.

Pero aún, tomando como único punto de partida el hecho de que el Tribunal, por calificarlo en el punto como poseedor de mala fe, reconoció exclusivamente al demandado el derecho a cobrar de la demandante, por concepto de las últimas mejoras que hizo en la tercera planta, el valor que, después de separados, tendrían los materiales con que aquéllas fueron hechas, o el de retirarlos si el demandante rehusaba pagarle su valor y podían separarse sin detrimento de la cosa reivindicada, menester era que, por este aspecto, el Tribunal concediera el derecho de retención al demandado, pues es un desacierto afirmar que en el evento previsto en el último inciso del artículo 966 del Código Civil, no está reconociendo la ley, derecho al poseedor de mala fe, a cobrar un saldo en relación con mejoras plantadas por él. Sostener lo contrario llevaría a prestar injustificado abrigo a un claro e ilícito enriquecimiento que repugna a todas luces.

El derecho de retención está erigido, tácitamente, en el inciso 1º, del artículo 739 del Código Civil y, de manera expresa, en el 970 siguiente que lo consagra para todo caso en que el poseedor vencido, así sea de mala fe, tenga un saldo a su favor en razón de expensas o mejoras.

9. Viene de todo lo anterior que el Tribunal quebrantó, por falta de aplicación, el artículo 970 del Código Civil, por lo cual será necesario casar la providencia recurrida.

Sentencia de reemplazo

Como el fallo del **ad-quem** tiene que ser respetado por la Corte, en todo cuanto no fue impugnado y en la parte que, aunque sí fue atacado, la impugnación no tuvo eficacia, síguese que él sólo sufrirá reforma en cuanto no concedió al demandado derecho de retención conforme a los términos de la ley, punto cuyo soporte resulta de lo expuesto al despachar los cargos, y teniendo de presente que ese derecho no es exclusivo de quien tenga la calidad de poseedor, pues también se consagra en favor del mero tenedor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 971 del Código Civil, que hace aplicable al tenedor vencido, en los casos allí previstos, las reglas del Capítulo 4º que versa sobre "prestaciones mutuas", de que hace parte el artículo citado. Esa aplicación no se refiere a las reglas del **título** de "la reivindicación", como lo viene sosteniendo la doctrina jurisprudencial de la Corte.

IV

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, proferida

el doce (12) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971) en este proceso ordinario que, contra Bernardo Isaza Londoño, suscitó Camila Londoño de Palacio y, en su lugar, como juzgador de instancia,

Resuelve

Refórmase la sentencia de 16 de septiembre de 1968, dictada por el Juez 3º Civil Municipal de Cali, la cual quedará así:

Primero. Declárase que Camila Londoño de Palacio, tiene el derecho de dominio sobre el lote de terreno y la edificación en él levantada, inmueble que está singularizado en la petición primera de la demanda introductoria de este proceso.

Segundo. Reconócese a Bernardo Isaza Londoño derecho de retención sobre el edificio litigado, así:

a) Sobre la parte del tercer piso, respecto a la cual se le calificó como poseedor de mala fe, hasta cuando la demandante Londoño de Palacio le pague o le asegure, a su satisfacción o a la del juez, el valor que tendrían, después de separados, los materiales incorporados en esa parte del edificio, y

b) Sobre el resto de la edificación, es decir, sobre las dos primeras plantas y la parte de la tercera "compuesta de garaje, azotea, lavadero y un cuarto", hasta cuando Dora Jaramillo de Isaza le pague su valor.

Tercero. Condénase a Bernardo Isaza Londoño, a restituir a Camila Londoño de Palacio el inmueble a que se refiere el punto primero, inmediatamente cese su derecho de retención sobre cada una de las dos porciones indicadas en el punto segundo anterior.

Cuarto. Bernardo Isaza Londoño, en cuanto poseedor, lo es de mala fe, por lo cual condénasele a pagar a Camila Londoño de Palacio, el valor de los frutos naturales y civiles de todo el inmueble, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Quinto. Tanto el monto del valor de frutos como de mejoras, se determinará por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto. Absuélvase a Camila Londoño de Palacio de las demás peticiones contenidas en la demanda de reconvención.

Séptimo. Inscríbase esta sentencia en el libro competente de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali.

Octavo. Condénase al demandado Isaza Londoño, al pago del cincuenta por ciento (50%) de las costas producidas en las instancias. Sin costas en el recurso de casación.

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

José María Esguerra Samper, con salvamento de voto; *Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.*

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

Expongo a continuación las discrepancias de poca monta que no me permiten compartir en su integridad los razonamientos de la mayoría de la Sala en la sentencia anterior.

II

1) Todo cargo con base en la causal primera de casación, cuando se formula por la vía directa, presupone y requiere esencialmente que el recurrente está de acuerdo con la situación fáctica que cumplió el Tribunal al proferir la sentencia impugnada. Por esa vía, pues no es posible basar la acusación, ni aún implícitamente, en errores de índole probatoria en que habría incurrido el sentenciador, ni tampoco en una realidad procesal diferente a la que éste tuvo en cuenta al fallar el proceso, pues la acusación estaría llamada al fracaso, de acuerdo con la rigurosa preceptiva a que está sujeto el recurso extraordinario.

2) En el caso **sub-lite**, como aparece de la sentencia impugnada, el Tribunal halló jurídicamente viable la acción de dominio instaurada y consideró que el demandado era poseedor de mala fe. Por tanto, respecto de la construcción que como tal efectuó el demandado en el inmueble que se reivindica, aplicó lo que para esos casos estatuyen los Arts. 965 a 968 del C. C. y al estimar además que no estaba demostrado que tal construcción la hubiese efectuado a "ciencia y paciencia" de la propietaria, es claro que no podía aplicar el segundo inciso del Art. 739 del C. C. En desarrollo de ese criterio, consideró el sentenciador que esa construcción correspondía al concepto de mejora útil, por no estar probado que hubiese sido realmente necesaria, y de ahí concluyó que el demandado únicamente tenía derecho a llevarse los materiales separables sin detrimento de la cosa y sólo en cuanto la dueña no se allanase a pagarlos, y que por razón de ese derecho específico no había lugar a retención.

3) El recurrente apoya su censura en que habiendo levantado Isaza la aludida construcción a ciencia y paciencia de la dueña del terreno, el Tribunal ha debido reconocerle en todo caso el derecho de retención que consagra el segundo inciso del Art. 739 del C. C. Olvida sin embargo, que el sentenciador consideró que no estaba probado que la dueña hubiese tenido conocimiento de la construcción y que el demandado fuese poseedor de buena fe. De esta suerte, el recurrente monta su impugnación en una situación fáctica, completamente diferente de la que contempló el sentenciador, razón por la cual no podía hacerse el ataque por la vía directa.

"Ha dicho la Corte en repetidas ocasiones que la infracción directa lesiona la ley derechamente, sin rodeos, y sin consideración a la prueba de los hechos; que la infracción indirecta ocurre, cuando yerra el juez de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y que estas dos clases de infracción no pueden involucrarse para ser presentadas simultáneamente en un mismo cargo". (Cas. Civ., 25 de abril de 1967 aún no publicada). Por estos motivos estimo que el primer cargo no podía prosperar; en cuanto al segundo mi opinión es la siguiente:

III

1) El artículo 739 del C. C., al reglamentar el fenómeno de la accesión de las cosas muebles a inmuebles, como modo de adquirir el dominio, contempla dos situaciones diferentes cuando se ha edificado, plantado o sembrado en terreno ajeno, es decir, cuando ha incorporado dinero y trabajo en suelo perteneciente a otra persona: Es la primera, si ello ha ocurrido sin conocimiento del dueño del predio, y la segunda, cuando éste último ha prestado su aquiescencia expresa o tácita, lo cual se deduce claramente de la frase "a ciencia y paciencia del dueño del terreno" que emplea la norma citada.

2) En función de la equidad que debe presidir todas las relaciones humanas y en desarrollo del principio de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa ajena, en el primer caso, el dueño "tendrá derecho a 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..."; y en el segundo, si pretende recobrar el te-

rreno, deberá "pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

3) Las prestaciones a cargo del reivindicador triunfante las establece para todos los casos el Art. 965 C. C., sin consideración a que el poseedor vencido sea de buena o de mala fe. Este tiene derecho en todo caso "a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa" y, por tanto, puede retenerla como lo dispone el artículo 970, ibídem, "hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción".

4) El poseedor de buena fe, es decir, quien tiene "la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio", tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, y además, las mejoras útiles que haya efectuado antes de la contestación de la demanda, entendiéndose por éstas, "las que hayan aumentado el valor venal de la cosa" (Arts. 965 y 966 ibídem). Ese pago, sin embargo, puede efectuarlo el dueño, a su elección, ora abonando lo que valgan las mejoras al tiempo de la restitución o bien "lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo". (Art. 966, incisos 1º, 2º y 3º ibídem). Por razón de este derecho, el poseedor vencido puede también retener la cosa de conformidad con el citado Art. 970 ibídem.

5) En cambio, el poseedor de mala fe, aunque es acreedor al reembolso de las expensas necesarias efectuadas por él para conservar la cosa, no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, "pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separarlos". (Ibídem, incisos 5º y 6º, Art. Cit.). "La buena o mala fe del poseedor se refiere... relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas" (Art. 969 ibídem). "El tratamiento poco benigno que se da al poseedor de mala fe, se basa en que no puede invocar la realización de las mejoras como un propietario que sólo persigue el incremento o perfeccionamiento de su bien; por el contrario, en razón de que tiene la conciencia de no ser dueño, hacen nacer la sospecha de que pretende dificultar el verdadero propietario la reivindicación por los desembolsos que debería compensar". (Alessandri y Somarriva, Curso de Derecho Civil, 2ª Ed., T. II, Nº 1187, Pág. 826).

6) Las expensas necesarias a cuyo reembolso tiene derecho todo poseedor vencido, como se expuso en el punto Nº 3, abstracción hecha de que sea de buena o de mala fe, en cuanto hayan consistido en obras permanentes y que por tanto hayan quedado incorporadas a la cosa objeto de la reivindicación, requieren en todo caso que obedezcan a un verdadero concepto de necesidad; de lo contrario, serían mejoras útiles o meramente voluptuarias, y estarían sujetas al régimen diferente que establece la ley. De ahí que el segundo inciso del Art. 965 del C. C., después de mencionar por la vía ilustrativa, algunos casos de semejante clase de expensas o mejoras, establezca que sólo se abonarán al poseedor vendido "en cuanto hubieren sido realmente necesarias" (se subraya). Cuando no lo han sido, pero aumentaron el valor venal de la cosa, forzosamente ha de considerárselas mejoras útiles, y sujetas, por tanto, a lo que establece el Art. 966.

7) En cuanto a las mejoras voluptuarias se refiere, el Art. 967 establece que el propietario no está obligado a pagarlas ni aún al poseedor de buena fe, pero que quien las hizo, tendrá derecho a "llevarse los materiales" en cuanto "pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada", y que el dueño "rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados". Así, pues, para esta clase de mejoras, se consagra el mismo régimen establecido para las útiles cuando el poseedor es de mala fe, o sea, que se concede únicamente el derecho a retirar los materiales cuya separación no dañe la cosa.

8) Por último, respecto del derecho de retención que consagra el Art. 970 en favor del poseedor vencido en la reivindicación, es indudable que tal derecho sólo procede cuando aquél "tuviere un saldo qué reclamar (se subraya), en razón de expensas y mejoras", y no cuando por haber sido declarado poseedor de mala fe, o por haber

efectuado mejoras voluptuarias, sólo le asiste la facultad de llevarse los materiales que sean separables sin detrimento de la cosa reivindicada y cuyo precio, después de separados, rehuse pagarle al propietario. En efecto, la Corte ha dicho que "entre nosotros el derecho de retención no existe como principio general o institucional, sino como casos de excepción cuando la ley expresamente lo consagra". (Cas. Civ., 26 de mayo de 1936, XLIV, Pág. 54). En el mismo sentido se expresa don Fernando Vélez (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2ª Ed., T. III, Nº 426, Pág. 278).

El saldo por expensas y mejoras a que se refiere el precepto legal mencionado, cuya segunda acepción según el Diccionario de lengua española (19ª Ed., 1970), es la "cantidad que de una cuenta resulta a favor o en contra de uno " (Art. 28, C. C.), es obviamente **la obligación de pagar dinero** por razón de tales expensas o mejoras que tiene el propietario a favor del poseedor vencido, la cual es distinta a la de permitir la separación de los materiales, cuando a la libre opción de dicho propietario, éste no quisiese pagarle "el precio, que tendrían dichos materiales, después de separados". Esta última obligación no está garantizada con derecho de retención, porque la ley no lo dispone expresamente. Claro Solar, por ejemplo dice al comentar idéntico precepto del Código Chileno, que el saldo en cuestión, presupone la previa liquidación de las prestaciones mutuas propias de la acción reivindicatoria, en cuanto se refiere a los frutos a que tiene derecho el dueño, por una parte y las mejoras a que es acreedor el poseedor vencido, por la otra, lo cual presupone, como atrás se dijo, dos obligaciones recíprocas de pagar dinero por uno y otro concepto. "Pero el Art. 970 del C. C. —dijo la Corte en la sentencia mencionada en el punto 8— no da al poseedor vencido el derecho de retención, sino por el saldo que tenga que reclamar en razón de expensas y mejoras; fuera del crédito por el saldo que así proviene, no puede autorizarse la retención de la cosa... so pena de violar la disposición contenida en el artículo 2417 del mismo Código".

9) En este proceso, la prueba de que el demandado comenzó a poseer el inmueble desde el mes de octubre de 1962, la encontró el Tribunal en la respuesta que dio al hecho 10 de la demanda, y no en la declaración del testigo González, a que se refiere el recurrente. A la respuesta aludida le dio el sentenciador el valor de confesión, pero no la consideró indivisible y por tanto le aplicó el principio que consagraba la parte final del Art. 609 del C. J., entonces vigente, pues estimó que aunque el demandado aceptaba su carácter de poseedor desde mediados del año de 1956, "esta posesión desde el 56 no ha sido demostrada en absoluto". De ahí que estimara que es "indiscutible la posesión en una etapa; posesión afirmada por ambos, aunque con la limitación resultante de la fecha dada por el actor y de la no prueba para de allí hacia atrás por el demandado". En otros términos, el sentenciador consideró que el demandado ha debido demostrar el factor anímico que configura la posesión, vale decir, los hechos positivos que lo exteriorizan, en la etapa comprendida entre los años de 1956 y 1962, sobre lo cual no encontró prueba alguna.

Otro tanto ocurrió con el certificado de la oficina seccional de Catastro del Valle, a que alude el censor. En efecto, el Tribunal fundó su apreciación de que inicialmente el demandado había sido mero tenedor del inmueble que aquí se reivindica, en los elementos de juicio que, apreciados en conjunto, lo llevaron a ella, así: a) "Que previo (sic) a esa etapa posesoria, si hubo la de mera tenencia, resulta en primer término de no haber probado, como ya dijo, posesión en la etapa inicial...; también resulta del certificado de la oficina de Catastro..., y en fin, del propio contexto general de la contrademanda". De esta suerte, el recurrente, anda equivocado, cuando pretende atribuir al Tribunal error de hecho, al apreciar el referido certificado de la Oficina del Catastro "como prueba de posesión de todo el inmueble y de posesión de mala fe" puesto que, como acaba de verse, el documento en cuestión fue apenas uno de los varios medios de prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para concluir que estaba probada la tenencia inicial y la posesión de mala fe en la segunda etapa.

Esto en cuanto se refiere a las dos únicas pruebas a las cuales atribuye el recurrente, en forma concreta, el error de hecho que alega todas las demás consideraciones que aparecen en la sustentación del cargo, son propias de un alegato de instancia, pero resultan exóticas en el recurso extraordinario. Apenas si vale la pena recordar en este caso, que la Corte ha dicho repetidamente "que no es de recibo en casación la reapertura del debate de prueba ni aún con el propósito de descubrir errores que, por lo mismo, no son manifiestos, ni tampoco para revaluar los medios a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la conciencia del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte" .(LXXXIX, Pág. 504, XC, Pág. 96).

Tal es la situación que se presenta en el caso sub-judice. El Tribunal encontró plenamente probado, que Isaza Londoño, inicialmente tuvo el carácter de tenedor del inmueble, objeto de la reivindicación, y que posteriormente —como él mismo lo confiesa— se convirtió en poseedor, con las características propias de la mala fe, inferencia ésta, que hizo el sentenciador como resultado del análisis conjunto de varias pruebas que obran en el proceso. Esa inferencia es intocable en casación, a menos de demostrarse que fue contraevidente, cosa que la censura no ha logrado. En el caso sub-lite, el recurrente no logró demostrar error alguno en la apreciación de las pruebas que llevaron al sentenciador a considerar que Isaza era poseedor de mala fe, y por ende, a que como consecuencia de la prosperidad de la acción de dominio instaurada, sólo tenía derecho a llevarse los materiales, según lo dispone para el caso el inciso final del Art. 966 del C. C.

Tratándose, pues, de una acusación por la vía indirecta, si no están demostrados los errores de hecho que se atribuyen al Tribunal, y si por otra parte, en caso de existir éstos, no fueron trascendentes, como aquí ocurre, tal acusación falla en su punto de partida y por ende, no podía prosperar, ni aún militando los plausibles motivos de equidad que tuvieron en cuenta mis distinguidos compañeros de Sala.

José María Esguerra Samper.

Bogotá, 9 de agosto de 1972.

MATRIMONIO CIVIL

Es válido el celebrado en país extranjero por colombiano católico. — Ley canónica. — Su aplicación por los jueces colombianos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto once de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de febrero de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Klaus Vollert Jaimes contra Helga Helene Hubert.

II

El litigio

En demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, pidió Vollert Jaimes que, con citación de la segunda y del Ministerio Público, se hicieran estas declaraciones:

"Primera: Es nulo, de nulidad absoluta, el matrimonio civil contraído por el señor Klaus Vollert Jaimes y la señorita Helga Helene Hubert, el día veinte (20) de noviembre de mil novecienos cincuenta y nueve (1959), ante el Registrador del Distrito de Hendon, en el condado de Middlesex, Reino Unido de la Gran Bretaña.

"Segunda: En consecuencia, procédase a la liquidación de la sociedad que ha existido entre el demandante y la demandada desde la fecha del matrimonio referido, hasta el día en que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio".

Como **causa petendi** afirmó el demandante:

"1) El señor Klaus Vollert Jaimes contrajo matrimonio civil con la señorita Helga Helene Hubert ante el Registrador del Distrito de Hendon, condado de Middlesex, Reino Unido de la Gran Bretaña, el día 20 de noviembre de 1959;

"2) El señor Vollert nació en Colombia, en el Municipio de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, el día 15 de julio de 1934;

"3) El demandante es hijo de Jürgen Vollert, extranjero domiciliado en Colombia, y de la señora Sofía Jaimes, quienes contrajeron matrimonio en la Parroquia de Santa Ana de Ocaña, Departamento Norte de Santander, el día 4 de julio de 1932;

"4) La señora Sofía Jaimes Vollert, madre del demandante, nació en Ocaña, Departamento Norte de Santander, el día 20 de octubre de 1910;

"5) El señor Klaus Vollert Jaimes es católico, por haber sido bautizado en Colombia, en la Parroquia de San José de Cúcuta, Departamento Norte de Santander, el día 5 de mayo de 1935;

"6) La demandada señora Helga Helene Hubert no es católica;

"7) Demandante y demandada se domiciliaron después del matrimonio, en Colombia, donde tienen su domicilio actual en el Distrito Especial de Bogotá;

"8) En el matrimonio civil de que trata el punto primero, celebrado entre el demandante Vollert, colombiano de nacimiento y católico, con la señorita Helga Helene Hubert, no se cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la Ley 54 de 1924;

"9) En el citado matrimonio no hubo hijos;

"10) El demandante y la demandada no han contraído matrimonio católico".

Notificado el auto admisorio de la demanda, la cual no fue contestada por la demandada, y surtido el trámite de la primera

instancia, el juzgado le puso fin con la sentencia de 3 de octubre de 1967, por medio de la cual no accedió a hacer las declaraciones pedidas; apelada esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la confirmó en sentencia de 23 de febrero de 1970, contra la cual el demandante interpuso recurso extraordinario de casación.

III

Consideraciones del Tribunal

1. Como tesis fundamental, la sentencia sostiene que "el matrimonio civil contraído por los colombianos en el exterior, con el lleno de las formalidades que exija la legislación del lugar donde se celebre es válido, y no está bajo el control de las autoridades colombianas, ni de la jurisdicción colombiana anular, o desconocer el valor legal que dichos actos tienen", por cuya razón el celebrado por demandante y demandada, de que da cuenta el escrito con que se inicia este proceso, es válido.

2. Luego de analizar el sentenciador los artículos 115, 126, 128 y 138 del Código Civil, agrega que la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato entre el Gobierno de Colombia y la Santa Sede, estableció en su artículo 17 que el matrimonio que celebren los católicos producirá efectos civiles, respecto a las personas, a los bienes y a los descendientes de los cónyuges, sólo cuando se hayan cumplido las formalidades establecidas por el Concilio de Trento; y que como consecuencia de esa norma y los problemas que surgieron por no haberse reglamentado la posibilidad de los católicos, de contraer matrimonio civil, se dictó la Ley 54 de 1924, que en su artículo 1º dispuso que la exigencia del artículo 17 de la Ley 35 de 1888 no tiene aplicabilidad, cuando quienes contraen matrimonio declaren formalmente que se han separado de la Iglesia y de la Religión Católica, y en su artículo 2º establece el procedimiento que debe seguirse para hacer la declaración referida.

3. Dice el fallador que el demandante solicita la declaración de la nulidad absoluta del matrimonio que celebrara con la demandada, por cuanto no hizo la declaración pública de haber apostatado de la fe católica, siendo él ciu... tólico, y que afianza su ... consideración de que siendo el ... un contrato solemne y habiendo cele... el Gobierno de Colombia un Concordato con la Santa Sede, a que ya se hizo referencia, por virtud de éste quedó establecido que los matrimonios de católicos no producirían efectos civiles, si no se ajustaban a las formalidades establecidas en el Concilio de Trento, y que la declaración de apostasía, que exige la Ley 54 de 1924 a aquellas personas que quieran celebrar el contrato de matrimonio, sin sujeción a las normas tridentinas, forman parte de las solemnidades a que hace referencia la ley, al hablar del contrato de matrimonio.

4. Nota, además, que el problema jurídico planteado en la demanda ha sido discutido en varias oportunidades y ha merecido tratamientos diversos, y por lo mismo distintas soluciones, y agrega que el artículo 19 del Código Civil consagró la extraterritorialidad de la ley, en cuanto a la regulación de los derechos y obligaciones civiles de los colombianos, relativos al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de cumplirse en Colombia, así como en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; que esta norma, adoptada universalmente, se refiere al aspecto sustantivo, pero no a las formalidades o requisitos de carácter no sustancial, los que lógicamente, tienen que sujetarse a los que imperan en el país donde se celebre el acto o contrato; "que el artículo 17 de la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, obligó a todo colombiano o extranjero residente en el país a celebrar el matrimonio con las formalidades del Concilio de Trento, como consecuencia del reconocimiento del Gobierno Colombiano de ser éste un país eminentemente católico, pero que esta norma y este reconocimiento, traducido en el derecho otorgado a las autoridades eclesiásticas para intervenir en ciertos actos concernientes al estado civil de las personas, están por su misma naturaleza circunscritos en su acción y en sus efectos al territorio colombiano, y, lógicamente las formalidades previstas en las normas legales para hacer efectivo dicho reco-

nocimiento, está limitado a la actividad de los funcionarios colombianos dentro del territorio nacional"; y que por virtud de esa misma norma, no se delimitó la capacidad de las personas, desde el punto de vista civil, para contarer matrimonio, sino que se acordó, como solemnidad esencial, la sujeción de los católicos a las formalidades del Concilio de Trento "para que el acto jurídico del matrimonio celebrado en Colombia, tuviera plena validez".

Agrega que en la aplicación de la referida norma concordataria surgieron numerosos problemas de orden práctico y jurídico, por la ausencia de una reglamentación legal respecto de la posibilidad del matrimonio civil de quienes no deseaban someterse a la forma canónica, por cuya razón se dictó la Ley 54 de 1924, fruto de un acuerdo adicional entre el Gobierno colombiano y la Santa Sede, y en la cual se estableció que no sería aplicable el mandato del artículo 17 del Concordato a quienes manifestaran haberse separado formalmente de la Iglesia y de la Religión Católica (artículo 1º), y que se reglamentó la forma o procedimiento como debía hacerse la declaración de los contrayentes, sobre el particular (artículo 2º), pero que "en esa disposición legal, tampoco se hace referencia alguna a la capacidad de las partes para contraer matrimonio, ya que la norma en cuestión establece que el artículo 17 del Concordato, no sería aplicable a esos casos y determina el procedimiento a seguir —sic— para protocolizar la separación del interesado de la Iglesia Católica"; que la violación de normas canónicas por un católico, le hace merecedor de sanciones de este orden, sin afectar su libre voluntad entre la ley civil, ni tales normas pueden ser estatuto que regule materias ajenas al ámbito canónico, y que el Concordato produjo el respaldo de la ley civil colombiana y el reconocimiento de las que gobiernen a los católicos, pero que no por ello podía el Estado colombiano desprenderse de sus atributos de regulador de la actividad social, y menos entrar a desconocer normas de Derecho Internacional Privado, referentes a las relaciones entre los países y que dirimen los conflictos de leyes que puedan surgir.

5. Refiriéndose el sentenciador al artículo 19 del C. C. expresa "que un colombiano puede tener un solo estado y dos capacidades, y que la frase ciertos actos del dicho artículo, que hayan de tener efecto en Colombia, no definidos expresamente, deben ser los relativos a bienes situados aquí y de que trata el artículo 20 siguiente..." Que, en otras palabras, el artículo 19 del Código Civil, establece que el estatuto personal de los ciudadanos colombianos los acompaña, en cuanto a sus obligaciones y derechos, por razones del estado civil adquirido en Colombia; de suerte que, por el hecho de residenciarse en país extranjero y quedar sujetos a las normas que pudieran existir en ese país, no se pueden eximir de las obligaciones que por razón de las relaciones de familia, haya contraido con anterioridad a su ausencia; como tampoco, pierden sus derechos, derivados de esas mismas relaciones o del estado civil a que pertenezcan.

"Más aún —agrega— si el colombiano residente en el exterior, adquiere un nuevo estado civil, y los efectos que pudiera producir ese acto, tuvieren lugar u operancia dentro del territorio colombiano, también quedarían sujetos a las normas legales nacionales; y la validez de dicho acto estaría sujeta al cumplimiento de las normas de carácter sustantivo que determinan la capacidad del colombiano para celebrarlo, pero solamente en cuanto se refiere a la capacidad civil que las normas sustantivas determinan para ello, con prescindencia de las formas, requisitos o procedimientos establecidos para dicho acto, cuando se celebre dentro del territorio nacional".

Afirma que el estado civil de las personas se adquiere de diversos modos; por hechos circunstanciales ajenos a la voluntad; por el cumplimiento de la condición en función del tiempo, también sin intervención de aquélla como el nacimiento, y por la libre y espontánea voluntad del sujeto, como el matrimonio, y dada la circunstancia de que la adquisición de estos estados ocurre con incidencia en el sujeto y en su posición ante la sociedad y ante la ley. "En el caso del matrimonio, dicho estado civil, no circunscribe su radio de acción o su incidencia, exclusivamente sobre el sujeto, sino que implica también la adquisición de ese mis-

mo estado, por parte de un tercero que es su cónyuge; el cual se somete por espontánea y libre voluntad al nuevo estatuto que cobija a ambos cónyuges", razón por la cual al resolver sobre los efectos jurídicos de la toma de estado, no puede lograrse una solución equitativa y justa sin consultar, estudiar y prever las consecuencias que pudiera traer una decisión sobre este punto en la otra persona, sin cuya concurrencia no se habría producido el acto jurídico de la toma de estado.

"En el momento de contraer matrimonio —sigue diciendo—, el contrayente se somete a los requisitos de orden legal, que para darle validez a su acto, exige e impone la legislación del país donde lo esté celebrando, pues no podría concebirse que intentara hacer lo contrario. Pero bien puede suceder que el contrayente permanezca residenciado en ese país o en cualquier otro, y por lo tanto, las obligaciones y derechos derivados de ese acto jurídico, serán los que, la ley bajo la cual se acogió para darle validez, imponga. En este supuesto, nadie podría discutir que dicho matrimonio es válido de plena validez". En su concepto, el problema se plantea en el momento en que dicho contrayente se traslada a Colombia con su esposa y organiza su familia bajo el régimen legal colombiano, pues acogiéndose la tesis de que el artículo 19 del Código Civil obliga a los colombianos a cumplir con los requisitos, solemnidades y procedimientos previstos en la ley, para darle validez al matrimonio celebrado en Colombia, tendría que sostenerse que al pisar suelo colombiano, "desaparecen por encanto" las obligaciones y derechos derivados de las relaciones de familia, establecidas bajo el imperio de un régimen legal distinto, se rompen los vínculos de responsabilidad y afecto, se desconocen las mutuas obligaciones y se eliminan los afectos patrimoniales que la calidad de casados impone a los cónyuges. Argumenta, además, que antes de la vigencia de la Ley 35 de 1888, nadie dudaba de la validez del matrimonio celebrado por un colombiano en el exterior, con arreglo a las formalidades imperantes en el lugar de celebración, "que el sentido de la extraterritorialidad de la ley, establecido por nuestro Código Civil, se refiere a que por virtud de la adquisición del estado civil que adquiera un nacional en Colombia, y a su capacidad que del estado deriva al trasladarse a un país extranjero, no puede sustraerse a cumplir con las obligaciones que con respecto de su cónyuge y parientes, haya contraído por virtud de las relaciones de familia, creadas al amparo de las leyes nacionales".

Del anterior análisis concluye que el artículo 19 del Código Civil "no puede afectar la validez del acto jurídico de la toma de estado en el exterior, por razón del matrimonio, sino en cuanto éste no cumpla las condiciones esenciales relacionadas con la capacidad que para contraerlo establece la misma ley y que tiene que ver con el libre consentimiento, con la edad, y con los impedimentos establecidos en el artículo 140, del Código Civil, que afectan la esencia y naturaleza del acto".

6. Refiriéndose al Art. 17 de la Ley 35 de 1888, expresa que: "es indudable que al establecer la ley, la obligación a los colombianos católicos de contraer matrimonio con las formalidades y solemnidades establecidas por el Concilio de Trento, no se estaba derogando todo el estatuto civil del matrimonio que regía nuestra ley, ni podía reglamentar los efectos jurídicos y las consecuencias que pudieran derivarse para un tercero, que no siendo colombiano y no residiendo en el país en el momento de la celebración del acto, no se sometiera al mandato del artículo 17, bien porque su régimen legal no lo imponía, bien porque sus convicciones religiosas fueran distintas, o bien porque no se sentía obligado a conocer y acatar las normas legales de un país extraño".

Dice que el artículo 17 del Concordato "no podía cambiar el sentido, la razón de ser y los alcances del artículo 19 del Código Civil, que en ningún caso intentó imponer a los colombianos la obligación de someter el matrimonio celebrado en el exterior a los requisitos y formalidades imperantes en Colombia, lo cual resulta evidente retrotrayendo el concepto al régimen anterior a la Ley 35 de 1888, puesto que nadie hubiera pretendido que el colombiano ausente de su patria que contrajera matrimonio conforme a la ley de su residencia, tuviera que

someterse a las disposiciones de la ley civil colombiana relativa a las formalidades y requisitos del acto.

Continúa el ad-quem, diciendo que todo católico, que se considera como tal, se halla sujeto a las normas canónicas en cualquier lugar donde se encuentre, con independencia de las normas civiles vigentes, y que al violar aquéllas, queda sujeto a las sanciones que le correspondan, impuestas por la jerarquía eclesiástica, pero que ello no quiere decir que por cumplir con estas últimas, cuya obligación se deriva de su convicción religiosa, pueda sustraerse al imperio de las formalidades que para la validez del matrimonio impongan las ordenaciones positivas y civiles del lugar donde contrae matrimonio; "y desde el punto de vista de la norma civil, su validez se derivará del sometimiento a dichas normas, independientemente de su obligación que como católico tiene, de observar y cumplir las formalidades impuestas por la Iglesia". Igualmente, expresa que cualquiera que sea la vinculación que se establezca entre las legislaciones canónica y civil, por voluntad de los legisladores de determinado Estado, "para que el acto jurídico produzca plenos efectos civiles, está circunscrito al ámbito territorial de dicho país en el momento en que se celebre..."

IIII

Recurso de casación

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por falta de aplicación del artículo 17 de la Ley 35 de 1888, del canon 1094 del Código de Derecho Canónico, del artículo 19 del Código Civil y del artículo 1º de la Ley 54 de 1924; y por aplicación indebida, del artículo 21 del Código Civil.

1) Refiriéndose el censor a la definición que del matrimonio da el artículo 113 del Código Civil, dice que es un contrato solemne, que para su validez requiere la capacidad de los contrayentes, consentimiento libre y espontáneo de los mismos; que "la capacidad se deduce de la ausencia de impedimentos, consagrados éstos en los numerales 2º, 7º, 8º, 9º, 11 y 12 del artículo 140 del Código Civil y 2º del artículo 13 de la Ley 57 de 1887"; que "al consentimiento se refiere concretamente el artículo 115 del citado Código, en concordancia con los numerales 1º, 3º, 5º y 6º del 140 precitado, y a las formalidades necesarias para dar vida al contrato se dirigen un buen número de disposiciones del Código Civil, amén del artículo 17 del Concordato y toda la Ley 54 de 1924".

2. Presenta el recurrente una visión histórica de la legislación colombiana en lo que respecta al matrimonio y dice que desde la promulgación del Código Civil, en 1873, hasta la expedición de la Ley 35 de 1888 "todo nacional o residente en Colombia que quisiera contraer matrimonio con efectos civiles, debía hacerlo ante las autoridades de la República, profesara o no religión alguna"; que posteriormente, como consecuencia del Concordato, se concedieron mediante diversas disposiciones, efectos civiles al matrimonio católico, entre ellas la del artículo 12 de la Ley 57 de 1887; que como el matrimonio, en concepto de la Iglesia, no es sólo un contrato sino un sacramento instituido por su fundador, según reza el canon 1013 del Código de Derecho Canónico, "siempre ha recabado aquélla para sí el exclusivo derecho de presenciar el matrimonio de sus fieles y de considerar que el que ellos celebren en contravención a este principio, es inválido"; que ésto explica que los legisladores de 1888 hubieran dispuesto en el artículo 34 de la Ley 30 de ese año que "el matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula **ipso jure** el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona", por lo cual se debe destacar sin analizar la precisión de esta norma "que, mediante ella, la legislación colombiana aceptó que para los bautizados el único matrimonio válido es el canónico, hasta el punto de declarar que anulaba el civil celebrado antes"; que luego vino la aprobación del Concordato por el Congreso Nacional, "dándosele plena validez al artículo 17 del mismo", con lo cual "se estableció como obligatorio para todo residente en Colombia, que sea bautizado en la Iglesia, el matrimonio canónico"; que como antecedente histórico que confirma lo anterior, citado por el R. P. Eguren S. J., en su Derecho Concordatario Colombiano, existe la minuta enviada por el Presidente Nú-

ñez al negociador por parte de Colombia, ante la Santa Sede, General Joaquín F. Vélez, en la cual ordenó que "en materia de matrimonio, debía tomarse por modelo el arreglo reciente hecho con España"; que en este arreglo se establecieron dos formas de matrimonio: el civil, para los que no profesaban la Religión Católica, exigiéndose declaración de uno o de ambos cónyuges sobre el particular, y el canónico para los católicos; que conforme al texto literal del artículo 17, en el original latino como en su traducción castellana, dicha norma señala como obligatorio el matrimonio canónico para los bautizados que sean colombianos o residan en Colombia, y que como conclusión de lo anterior, coexisten dos clases de matrimonio: el civil (Arts. 113 y ss. del Código Civil), que deben contraer los no bautizados y al cual pueden acogerse quienes cumplan los requisitos de la Ley 54 de 1924, y el canónico, para los bautizados en la Iglesia Católica, aunque se hayan apartado de ella, salvo lo preceptuado en dicha ley.

3. Refiérese el censor al acuerdo a que llegaron el Gobierno de Colombia y la Santa Sede, que culminó con la expedición de la Ley 54 de 1924, del cual hace parte la comunicación del Cardenal Pedro Gasparri, Secretario del Estado del Vaticano, al doctor José Vicente Concha, de 27 de febrero de 1924, y dice que de su texto fluyen tres conclusiones que sirven para interpretar la Ley 54 de 1924; Primera. Que para la Santa Sede el único matrimonio válido de los bautizados, aunque se hayan apartado de la Iglesia, es el canónico. Segunda. Que la Santa Sede acepta que no se aplique la primera parte del artículo 17 del Concordato a aquéllos de quienes se pruebe en debida forma su defección de la Iglesia Católica. Tercera. Que la prueba de la defección es el procedimiento acogido en el artículo 2º de la Ley 54, conclusiones éstas que fueron aceptadas por el Gobierno de Colombia.

Sostiene el recurrente que el artículo 1º de la Ley 54 de 1924 es sustancial, y adjetivo o procedimental el 2º, lo que quiere decir que el bautizado, solamente cuando demuestra formalmente su intención de salirse del ámbito de la ley canónica que establece determinada solemnidad para la validez del contrato matrimonial y colocarse dentro de la ley civil, que tiene su forma propia, puede casarse civilmente, mediante el procedimiento del artículo 2º de la ley, y agrega que esta afirmación tiene como causa la existencia del Concordato, la libertad de la Iglesia Católica que éste le reconoce, la independencia de la legislación canónica frente a la civil, el respeto que éste debe a la primera, el hecho de que el estatuto matrimonial de los bautizados se haya deferido al derecho eclesiástico y la interpretación que de esta referencia ha hecho la Corte Suprema de Justicia en tres sentencias, por lo menos, de las cuales cita y transcribe algún aparte de la de 15 de mayo de 1954.

5. De lo anterior, concluye:

"1º Los nacionales o residentes en Colombia, bautizados en la Iglesia Católica, aun cuando se hayan apartado de ella, están sujetos a la legislación canónica en todo lo que se refiere al matrimonio que pretendan celebrar o hayan celebrado (Arts. 17 y 19 del Concordato)...

"2º Al tratarse por el Concordato de una referencia formal no recepticia, del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia, la legislación canónica sobre el matrimonio... continúa extraña a la legislación colombiana, que es la recipiente, y conserva "las características intrínsecas y la vigencia o validez que tiene el ordenamiento de origen" (Sentencia citada);

"3º En consecuencia, el nacional colombiano o el residente en Colombia que sea bautizado, está sujeto a las leyes canónicas en lo que a su matrimonio se refiere (excepción hecha de los efectos civiles como explícitamente lo dice el artículo 19 del Concordato) y no puede a su arbitrio salirse del ámbito de tales leyes para colocarse dentro de las de la República.

"4º El objeto, entonces de la Ley 54 de 1924, es permitir, mediante la declaración formal de apostasía, que los bautizados que la hagan y no tengan impedimento de orden o de votos solemnes, se sustraigan al ámbito de la ley canónica y se coloquen dentro de la legislación civil, a efecto de contraer matrimonio de acuerdo con los dictados de ésta. Por ello... el artículo 1º de la ley Concha no es simplemente adje-

tivo, puesto que consagra un derecho, mientras que el artículo 2º fija el procedimiento para hacerlo efectivo".

6. En concepto del censor, los principios enunciados son de obligatorio cumplimiento en el territorio de Colombia y en el exterior, como consecuencia de la referencia de la ley civil a la canónica, y por extraterritorialidad de la ley sobre el estado civil de las personas. En razón de la referencia dicha y como la legislación de la Iglesia no tiene fronteras, son de obligatorio cumplimiento para los colombianos bautizados en donde quiera que se encuentren los cánones 87, 1094 y 1099 del Código de Derecho Canónico. El hombre, por efecto de ellos, queda constituido en persona de la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y obligaciones de los cristianos; y a la obligación de guardar la forma canónica del matrimonio. "Además —agrega— como las normas anteriores no pueden entrar en contradicción con las leyes civiles, es evidente también que en virtud del artículo 19 del Código Civil, por imperativo de nuestra ley, el colombiano católico que desee casarse en el exterior, debe hacerlo canónicamente, salvo si antes ha hecho manifestación formal de apostasía".

7. Se refiere al artículo 19 del Código Civil y con cita de los autores Champeau y Uribe, y de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 7 de marzo de 1952 (LXXI, 361), fija el concepto de lo que debe entenderse por estado civil de las personas y capacidad de las mismas, según su criterio; y agrega "que el matrimonio no es un simple contrato **sino el modo de cambiar de estado civil** y que, por lo tanto, **es sustancial a su celebración la capacidad para poder efectuar tal cambio**" y que ésta es una observación, no por elemental, sin importancia. "Una es la situación del colombiano que en el exterior realiza, por ejemplo, un contrato de mutuo, que en nada incide en su estado, y otra la de quien cambia de estado mediante el contrato matrimonial; a éste último no solamente le basta ser soltero y carecer de impedimento sino que, a consecuencia del estatuto matrimonial que rige en Colombia, debe emplear determinada forma de celebrar el contrato". Dice, además que coexisten dos legislaciones sobre el matrimonio civil: la civil que se aplica a los no bautizados y a quienes hubieren apostatado, y la eclesiástica, que rige para los católicos, y que "mientras los primeros son incapaces de casarse canónicamente, éstos lo son de hacerlo civilmente. Y como la capacidad y el estado de las personas están sujetos a la extraterritorialidad de acuerdo con el artículo 19 del Código Civil, quien en Colombia es incapaz para casarse civilmente, también lo es en el exterior, así como quien es incapaz para hacerlo canónicamente, sigue siéndolo fuera del país; por consiguiente, si el católico se casa por la ley civil en el exterior, celebra un matrimonio que —como habremos de verlo enseguida— es inválido, o sea, nulo".

Dice que no obstante lo anterior, algunos autores sostienen que la celebración del matrimonio, fuera del país, debe regirse por la ley del lugar, pero que contra dicha tesis debe tenerse en cuenta que el matrimonio es el modo de cambiar de estado civil "y que por tanto requiere de capacidad para realizar el contrato, como para hacerlo en determinada forma". Transcribe apartes del Estudio sobre Derecho Civil de don Fernando Vélez, referente a la materia dicha y hace un estudio comparativo sobre la materia en varios Códigos (chileno, ecuatoriano, francés, argentino, mejicano, español y austríaco) y dice que "con excepción... de la Reunión del Instituto de Derecho Internacional, celebrada en Heidelberg en 1887 y de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, **todos los demás**, es decir, la Reunión del Instituto mencionado, en Lausana, en 1888 (Art. 30), la Conferencia de La Haya en 1894 (Art. 20), la Convención de La Haya en 1902 (Art. 5º) el Tratado de Lima de 1924, la Conferencia de Río de Janeiro, de abril y mayo de 1927, y la Convención adicional de La Haya de 1938, "al estipular que la ley local es la que debe regir la forma matrimonial, hacen las salvedades y reservas antes anunciadas", en prueba de lo cual transcribe el artículo 5º de la Convención de La Haya, y agrega que "en derecho internacional... las estipulaciones sobre la celebración del matrimonio en país extranjero, tienen dos peculiaridades generales: **Primera.** Se acuerda que rija la ley del lugar, **en cuanto a la forma del contrato**, no en

cuanto a la capacidad y al estado de las personas. Segunda. Se exceptúan de esta norma las legislaciones que contemplan como necesaria la forma religiosa, las cuales podrán no reconocer como válido el matrimonio que se celebre de modo distinto".

8. Estima que esta uniformidad de criterio se acomoda plenamente a lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil en consonancia con el artículo 21 ibídem, "o sea que, mientras la capacidad para contraer matrimonio sigue al colombiano al exterior, en virtud del estatuto personal, la forma de realizarlo, es decir las solemnidades externas, si goza de tal capacidad, se rigen por la ley del lugar".

9. Afirma que el artículo 2º de la Ley 54 de 1924 "es meramente procedimental y, por tanto, adjetivo, puesto que determina lo que el interesado debe hacer para demostrar formalmente su apostasía y quedar, en consecuencia, fuera del ámbito de la ley canónica y dentro de la civil. Es, entonces, aplicable sólo por los jueces colombianos, dentro de su jurisdicción, por lo que es absurdo pretender que se rijan por ella magistrados de otros países", pero que "ésto no quiere decir, sin embargo, que con el solo hecho de salir al exterior el colombiano bautizado, quede exento de tener que probar formalmente su defección de la Iglesia para poder contraer matrimonio civil. Creemos haber demostrado que, a consecuencia de nuestro sistema legal, el colombiano bautizado es incapaz de casarse civilmente y que esa incapacidad cesa cuando produce la prueba de su apostasía. La obligación entonces, de hacerlo, lo sigue al exterior, aunque de acuerdo con el principio locus regit actum la prueba de la defección debe producirla de acuerdo con las leyes del país en que se halle".

10. Plantea la cuestión de si el matrimonio, como el que ha dado origen al recurso extraordinario, es nulo ante la ley colombiana o simplemente inexistente, con la circunstancia de que ambas tesis han sido sostenidas por eminentes tratadistas y acogidas en distintas sentencias, y dice que conforme "al principio de que la referencia que hace la ley civil en la canónica en lo concerniente al estatuto matrimonial de los colombianos bautizados, es formal o no recepticia, tenemos que concluir que este interrogante debe absolverse de acuerdo con la normatividad jurídica y los criterios del derecho de la Iglesia".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Con base en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, vigente cuando se presentó la demanda sometida a decisión, se acusa la sentencia como violatoria, por falta de aplicación, del artículo 17 de la Ley 35 de 1888, del canon 1094 del Código de Derecho Canónico, del artículo 19 del Código Civil y del 1º de la Ley 54 de 1924, y por aplicación indebida, del artículo 21 de este último Código.

2. De conformidad con el artículo 16 de la Ley 153 de 1887, la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

Esta norma fue reproducida en el Concordato celebrado entre el Estado colombiano y la Santa Sede Apostólica, aprobado por la Ley 35 de 1888.

3. Sobre la aplicación de la ley canónica por los jueces colombianos, dijo la Corte en sentencia de 15 de mayo de 1954, luego de citar los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888 y el 16 de la 153 de 1887:

"En virtud de estas estipulaciones concordatarias el Estado colombiano reconoció a la Iglesia Católica como persona jurídica de derecho público eclesiástico con potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

"Ellas reconocen el derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, cuando ésta defiere en ciertas materias, expresamente, al derecho de la Iglesia. Según la doctrina actual de los canonistas acerca del sentido y alcance de esa referencia del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia, sólo son posibles, en tal materia, dos posiciones que suelen designarse con los calificativos de "referencia material o recepticia y referencia formal o no recepticia". En la primera,

las normas canónicas se consideran como incorporadas al Derecho del Estado, en el sentido de que le prestan su contenido, quedando de esa manera sustraídas al ordenamiento de su origen, sometidas a las influencias de las concepciones del derecho que las recibe e íntimamente transformadas por éstas. En la segunda, las normas canónicas son tomadas por el derecho del Estado y hechas válidas o exequibles en éste, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia que tienen en el ordenamiento de origen.

"En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia. Así resulta, indudablemente, de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato. De ésto se desprenden consecuencias importantes, entre las cuales pueden citarse la posibilidad de denunciar las violaciones de la norma canónica, aún en casación, de acuerdo con el artículo 520 del C. J.; la aplicación de esas normas por los jueces del Estado, aún cuando no sean expresamente invocadas por las partes en los juicios civiles; la necesidad de que su interpretación sea hecha según los criterios que establece el mismo derecho canónico; la no aplicabilidad, respecto de las normas canónicas, de algunos criterios, propias del derecho del Estado, que están en oposición con los del derecho canónico, por ejemplo, el principio rígido de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; y particularmente, la imposibilidad de considerar que puede haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica a esta institución". (G. J., T. LXXVII, Pág. 581).

Y Posteriormente expresó:

"Los artículos 16 de la Ley 153 de 1887 y 3º de la Ley 35 de 1888 (Concordato) disponen que "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República". Estas normas consagran el principio general de que el ordenamiento canónico no constituye legislación nacional ni forma parte de ésta. Con todo, algunas disposiciones de la misma y de otras leyes señalan casos concretos en que de manera expresa la legislación nacional se remite y defiere al derecho canónico la regulación de determinados asuntos. En casación de 15 de mayo de 1954, la Corte expresó que esta deferencia es simplemente formal y no recepticia, y fijó su alcance y el modo como dicho ordenamiento canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil.

Esta legislación debe asimismo respeto a la canónica, lo cual significa que no puede interferir la aplicación de este ordenamiento en las materias que le son propias y que corresponden exclusivamente a la organización institucional y al funcionamiento de la Iglesia como persona jurídica de derecho público eclesiástico. Este respeto, sin embargo, no entraña la admisión del derecho canónico como legislación nacional, porque los dos ordenamientos son independientes y porque, no haciendo el eclesiástico parte del civil, no puede el primero ser aplicado a las instituciones nacionales, sino en los casos de excepción en que a él defiere el segundo la regulación de una determinada materia". (G. J., T. CII, Pág. 86).

De lo anterior se desprenden estas consecuencias:

Primera: La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero en ciertas materias expresamente determinadas, ésta defiere a aquélla la definición jurídica de un caso concreto.

Segunda. Esta deferencia o referencia es de naturaleza formal y no recepticia, por cuya razón la norma canónica continúa considerándose extraña al ordenamiento jurídico colombiano.

Tercera. El quebranto de la norma canónica puede ser denunciado en casación, mas no autónomamente, pues la acusación debe indicar, además, como violado el precepto de la legislación colombiana que autoriza la aplicación de aquélla.

4. La ley nacional reconoce según el caso, efectos civiles tanto al matrimonio católico como al civil, uno y otro considerados como instituciones de orden público. El primero

deben celebrarlo los que profesan la religión católica, pues solamente así el acto produce efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, conforme lo dispone el artículo 17 de la Ley 35 de 1888 (Concordato). Al segundo pueden acudir los nacionales y extranjeros no bautizados y además, aquéllos que habiéndolo sido declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y religión católicas; en los términos de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924.

La Corte tiene dicho: "Reconocidos por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebran en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico: el primero ante el juez municipal del domicilio de la mujer, mediante el lleno de ciertos requisitos; el segundo ante el Cura Párroco de la vecindad de la mujer, previas determinadas formalidades. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma, validez o nulidad; ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades y el respeto a la legislación canónica que no forma parte de la civil" (LII, 843).

El matrimonio civil, según la definición del artículo 113 del Código Civil, es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, y se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código (el Civil), y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos.

El matrimonio se celebra —dice el artículo 135 ibídem— presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante éste, su secretario y dos testigos. El juez explorará de los esposos si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer, instruyéndolos al efecto en las disposiciones de los artículos 152, 153, 176 y siguientes de este Código. En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el juez y su secretario; con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio.

5. El artículo 17 del Concordato, es de este tenor: "El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica, producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. El acto de la celebración será presenciado por el funcionario que la ley determine con el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, a no ser que se trate de matrimonio in articulo mortis, caso en el cual podrá prescindirse de esta formalidad si no fuere fácil llenarla y reemplazarse por pruebas supletorias.

"Es de cargo de los contrayentes practicar las diligencias relativas a la intervención del funcionario civil para el registro, limitándose la acción del párroco a hacerles oportunamente presente la obligación que la ley civil les impone".

Esta norma, de consiguiente, defiere a la legislación canónica la celebración del matrimonio de quienes profesan la religión católica, especialmente a los cánones 1094 y 1099, de los cuales reza el primero: "Solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebren ante el párroco, o ante el Ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones que siguen, y salvas las excepciones contenidas en los cánones 1098 y 1099".

6. De conformidad con el artículo 56 de la Constitución de 1886, el Estado colombiano y la Santa Sede Apostólica, celebraron un concordato aprobado por el Presidente de la República por medio del Decreto 816 de 1888 y por el Congreso por la Ley 35 del mismo año. Dicho convenio rige las relaciones ante las dos altas partes contratantes. Los artículos 17 de la dicha Ley 35

y 1º y 2º de la 54 de 1924, conocida como "Ley Concha", "por la cual se aclara la legislación existente sobre matrimonio civil", se refieren al matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica y al que pueden celebrar los que no la profesan.

La primera parte del citado artículo 17 de la Ley 35 de 1888 impone una obligación consistente en que todos los que profesan la religión católica, entendiendo por tales los bautizados católicamente, deben someterse a la forma canónica del matrimonio. "Deberán", dice imperativamente. El mismo precepto dispone, también imperativamente que sólo la forma canónica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes. De donde resulta, a contrario sensu, en principio, que celebrado en la forma civil no los produce y si no los produce es porque la transgresión de la obligación referida está sancionada con la nulidad del acto. Al ordenarse expresamente que no produce efectos civiles, el legislador, en forma explícita consagró la nulidad del matrimonio civil celebrado por quienes profesan la religión católica, pues vale tanto decir que el acto es nulo que expresar que no produce efectos civiles.

Esta nulidad, de consiguiente, es textual, en manera alguna virtual, pues expresamente la consagra la ley.

Y no se diga que el artículo 16 de la Ley 57 de 1887, limita las nulidades de matrimonios civiles al establecer que "fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el artículo 140 de este Código y en el 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial...", porque el Art. 17 de la Ley 35 de 1888 es posterior a aquéllos.

No pugna, pues, la nulidad de que se habla con lo dispuesto por el Art. 16 de la Ley 57 de 1887. El legislador puede establecer nuevas causales de nulidad cuando a bien lo tenga.

7. La sanción que establece el referido Art. 17 es, por lo tanto, la de nulidad absoluta del matrimonio civil.

Sin embargo, la Ley 54 de 1924, en su Art. 1º consagró una excepción a lo dispuesto en ese precepto, al establecer que "no es aplicable la disposición de la primera parte del artículo 17 del Concordato, cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la religión católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del derecho canónico".

Aquella declaración, según el Art. 2º de la misma ley "se hará por escrito por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo y se expresarán en ella la época en que se separaron de la Iglesia y de la religión católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley: se comunicará por el juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva".

8. En torno a la interpretación de los artículos 17 de la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato, y 1º y 2º de la Ley 54 de 1924, la Corte en sentencia de 6 de septiembre de 1966, de la Sala de Casación Civil (Tomo CXVII, Pág. 277), dijo:

"De las notas cruzadas entre el Ministro Plenipotenciario de Colombia en el Vaticano y el Cardenal Secretario de Estado, que procedieron al Acuerdo por el cual se aclaró la proposición 'todos los que profesan la religión católica' del artículo 17 del Concordato, que había sido interpretado diversamente por algunos jueces y Ordinarios, se destaca la de 27 de febrero de 1924, en la cual el Cardenal Secretario de Estado, como preámbulo a la declaración de que la Santa Sede tolera que los colombianos que se han apartado de la Iglesia Católica, sean admitidos al matrimonio en forma civil, expresa de modo terminante: "A este propósito el Cardenal que suscribe debe decla-

rar ante todo que la Santa Sede en conformidad con el canon 1099 del Código de Derecho Canónico, no puede reconocer como válido otro matrimonio que el religioso, para todos aquéllos que han pertenecido a la Iglesia Católica aunque posteriormente se hayan apartado de ella".

"El canon citado que es parte del Título del matrimonio y del Capítulo que trata de la forma de celebrarlo, dispone: 'Están obligados a guardar la forma determinada en los cánones anteriores: 1º Todos los que han sido bautizados en la Iglesia Católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquéllos la hayan después abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí. 2º Estos mismos, si contraen matrimonio con acatólicos estén bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o de disparidad de cultos'. "Así que en obedecimiento de las Leyes 35 de 1888, artículo 17, y 54 de 1924, que son partes del Código Civil, en cuanto tocan con el estado civil de las personas, están obligados a contraer matrimonio católico con efectos civiles los que han sido bautizados en la Iglesia Católica, y contrato civil los no bautizados y los que habiéndolo sido, han hecho declaración de haberse separado de la Iglesia y de la religión católica en la forma prescrita por la Ley 54, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas o sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están sometidos en todo caso a las prescripciones del derecho canónico. (Ley 54 de 1924, Art. 1º)".

9. Las referidas notas cruzadas entre el Ministro Plenipotenciario de Colombia en el Vaticano y el Cardenal Secretario de Estado, que precedieron al acuerdo por el cual se fijó el alcance de la proposición "todos los que profesan la religión católica" contemplada en el artículo 17 del Concordato, aclaran, además, lo relativo el ámbito de aplicación de dicho artículo y de los correspondientes de la Ley 54 de 1924, en cuanto al territorio. En la de 27 de febrero de 1924 su Eminencia el Cardenal Pedro Gasparri, en nombre de la Secretaría de Estado de Su Santidad, le dice al Ministro Plenipotenciario de Colombia, refiriéndose a los términos de la futura Ley 54 de 1924: "Con este fin, el Gobierno deberá promulgar por propia iniciativa un decreto en el cual venga declarado, en primer lugar, que en territorio colombiano no pueden ser admitidos al acto civil distinto del matrimonio religioso católico nada más que: 1. Los acatólicos natos, sean bautizados o no, cuando ambas partes son tales; 2. Los que fueron bautizados en la Iglesia y religión católicas, pertenecieron a la misma y fueron educados en ella, pero después por desgracia se apartaron de la Iglesia formalmente, y no sólo con el abandono de las prácticas y deberes religiosos. En tal sentido deben entenderse las palabras 'los que no profesan la religión católica' del artículo 17 del Concordato; y deberá notarse que, para ser admitidos al acto civil, es necesario se puedan aplicar a las dos partes las palabras del Concordato en el sentido explicado". Los términos de esta nota de Su Eminencia el Cardenal Gasparri fueron aceptados en la forma más amplia por el Ministro, en la suya de 10 de junio del mismo año. (Subraya la Corte).

Conclúyese de lo anterior que el precepto del Art. 17 del Concordato sólo es aplicable a matrimonios celebrados en el territorio de la República de Colombia, y que por tanto la sanción de nulidad que él consagra no comprende a los realizados en país extranjero.

10. La censura pretende que es nulo el matrimonio civil, celebrado por quienes profesan la religión católica, pues son incapaces para celebrarlo y que solamente adquieren esa capacidad mediante la apostasía. Al respecto la Corte observa:

a) Según el Art. 1502 del Código Civil "la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra", y preceptúa el artículo 1503 ibídem que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces".

b) En materia de matrimonio la ley regula expresamente quiénes tienen capacidad para celebrarlo. Del contexto del Art. 140 numeral 2º del C. Civil, se desprende que son capaces de contraer matrimonio civil el varón mayor de 14 años y la mujer mayor de 12, es decir, los adultos; y según

el canon 1067 tienen capacidad para contraer el católico, el varón de 16 años de edad cumplidos y la mujer de 14 también cumplidos.

c) La circunstancia de que el Art. 17 del Concordato imponga a los católicos, que se casan en Colombia, el deber de hacerlo por los ritos católicos, es cuestión que atañe a las solemnidades del acto y no a la capacidad de los contrayentes.

d) De otra parte, la Ley 54 de 1924, no tiene carácter prohibitivo. Ella se dictó precisamente para abrir la vía del matrimonio civil a los católicos, que por haberse separado de la Iglesia y de la religión católica, no querían someterse a la forma canónica. Por tanto, ella no priva a los católicos de su aptitud para casarse por la vía civil, sino que, por el contrario, los autoriza para hacerlo. Lo único que les exige es la declaración de no pertenecer a la religión católica, porque abjuraron de ella.

11. Klaus Vollert Jaimes y Helga Helene Hubert, contrajeron matrimonio civil el 20 de noviembre de 1959, ante el Registrador del Distrito de Hendon, en el Condado de Middlesex, Reino Unido de la Gran Bretaña. El primero, de nacionalidad colombiana y católico; la segunda, acatólica. En la demanda incoativa de este proceso se impetra la declaración de nulidad absoluta de dicho matrimonio, por cuanto el contrayente Vollert Jaimes no cumplió con los requisitos que establece la Ley 54 de 1924.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la providencia del Juzgado 3º Civil de esta ciudad, de 3 de octubre de 1967, negó en sentencia de 23 de febrero de 1970 la pretensión suplicada. Al decidir el litigio no violó por falta de aplicación el Art. 17 de la Ley 35 de 1888, pues según se dejó visto tal precepto sólo es aplicable a los matrimonios celebrados en Colombia, ni las demás disposiciones sustanciales señaladas por la censura, en razón de lo dicho en el despacho del cargo. Este, en consecuencia no prospera.

Resolución

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 23 de febrero de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Klaus Vollert Jaimes contra Helga Helena Hubert.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Prueba por indicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de febrero de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Faustina Emiliana Alzate de Sánchez contra Alejandro Alzate Arias y Genoveva Restrepo v. de Alzate.

El litigio

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Andes, Faustina Emiliana Alzate de Sánchez, en su calidad de heredera de Juan de Dios Alzate Arias, demandó a los citados Alejandro Alzate Arias y Genoveva Restrepo v. de Alzate, en su condición, la última, de "representante de la sociedad conyugal ilíquida, formada con dicho señor Juan de Dios Alzate Arias y como su heredera testamentaria", a efecto de que se declarase que entre Juan de Dios y Alejandro existió una sociedad civil de hecho desde el 3 de octubre de 1946 hasta el 25 de julio de 1966, a la cual pertenecen los bienes que se determinan en el libelo; que dicha sociedad se disolvió por muerte de uno de los socios y debe liquidarse; que tanto los bienes sociales, como las utilidades obtenidas, deben repartirse entre los socios en la proporción de un cincuenta por ciento para cada uno; que, consecuencialmente, la mitad de tales bienes corresponde a la sucesión de Juan de Dios Alzate y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por su matrimonio con Genoveva Restrepo v. de Alzate; y que Alejandro Alzate Arias está obligado a restituir a las mencionadas sucesión y sociedad conyugal los bienes que les correspondan y sus frutos.

Subsidiariamente, solicitó la demandante se declarase que los contratos de compraventa recogidos en las escrituras 579 de 2 de octubre de 1946 y 597 de 28 de diciembre de 1951, ambas de la Notaría de Jericó, son absolutamente simulados; que, de consiguiente, los bienes materia de esos contratos pertenecen a la sucesión y sociedad conyugal antes mencionadas, a las cuales debe restituirlos el demandado Alzate Arias. Pidió, asimismo, se decretase la cancelación del registro de esos instrumentos.

En subsidio de las anteriores peticiones, suplicó la actora se declarasen absolutamente nulos, por simulación, o por falta de consentimiento, objeto, causa y precio, los contratos de que dan cuenta las escrituras 579 y 597 precitadas, y se decretase la restitución de bienes en los términos de los pedimentos que anteceden.

Finalmente, para el caso de que no se acogiese la pretensión anterior, impetró se declarase que los contratos antes mencionados no fueron de venta, sino de donación entre vivos de carácter irrevocable; que tales donaciones son nulas por haberles faltado el requisito de la insinuación; que su valor, hasta cuatro mil pesos, ha de tenerse en cuenta para formar el acervo imaginario que servirá de base para deducir la legítima efectiva que corresponda a la demandante como hija natural del causante Juan de Dios Alzate Arias; y que el demandado Alejandro Alzate Arias está obligado a restituir los bienes materia de esos contratos en la forma y en los términos indicados en las súplicas anteriores.

Los hechos pertinentes de la causa petendi se resumen así:

a) Por sentencia del 25 de septiembre de 1946, la Corte Suprema de Justicia casó la de 28 de marzo de 1944, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso de filiación natural promovido por la madre natural de Faustina Emiliana Alzate contra Juan de Dios Alzate Arias, y confirmó, en su lugar, la de 9 de diciembre de 1941, por medio de la cual el Juzgado Civil del Circuito de Jericó declaró que Faustina era hija natural de Juan de Dios.

b) Con el propósito de burlar los efectos de dicha sentencia, Juan de Dios Alzate, quien había contraído matrimonio con Genoveva Restrepo, traspasó simuladamente sus bienes en favor de Alejandro Alzate Arias, hermano suyo, "pues había perdido a su único hijo legítimo a quien posiblemente él pretendía hacer su heredero exclusivo".

c) Antes de iniciarse el proceso de filiación natural, tanto Juan de Dios como Alejandro habían adquirido, conjunta o separadamente, algunas propiedades, raíces y numerosos muebles, habiendo formado con su esfuerzo una respetable fortuna, "aunque a la hora de ahora aparezca el señor Alejandro Alzate Arias como millonario potentado y su hermano Juan de Dios, tan trabajador o más que aquél, un pobre y arruinado ciudadano".

d) Por medio de la escritura 579 de 2 de octubre de 1946, otorgada en la Notaría de Jericó, Juan de Dios, obrando en su propio nombre y en el de su padre Alejandro Alzate Cañas, dijo vender a su hermano Alejandro los inmuebles que se determinan en ese instrumento, por el precio irrisorio de $ 9.000.00; y, posteriormente, mediante la 597 del 27 de diciembre de 1951, pasada en la misma Notaría, dijo venderle al mismo Alejandro las acciones y derechos que le correspondieran o pudieran corresponderle en la sucesión de su padre Alejandro Alzate Cañas, herencia valiosísima, pues la integraban los bienes raíces y muebles que en el libelo se determinan.

e) Tales contratos no son realmente de compraventa, toda vez que "la declaración de voluntad de los presuntos contratantes, deliberadamente disconforme con su querer interno, tuvo por finalidad engañar a terceras personas, haciéndolos creer en una falsa figura de convenio, que no se realizó o que se realizó en una forma distinta a como aparece ostensiblemente declarada", y que sólo tenía por objeto privar a la demandante de su legítima en la herencia de su padre natural.

f) Los bienes materia de tales convenios "no pasaron en realidad al dominio de Alejandro Alzate como un verdadero comprador, sino como un comprador ficto o como testaferro en una venta de confianza, para que luego él los devolviera a la señora Genoveva Restrepo de Alzate, mujer de Juan de Dios, o bien pasaran en carácter de donación, o como un aporte para la formación de una sociedad de hecho constituida por Juan de Dios Alzate y Alejandro Alzate dentro de la cual ellos trabajaron como verdaderos socios y cuyas utilidades y aportes están por liquidarse y repartirse entre ellos, pues que la muerte de uno de los socios, la de Juan de Dios, consumó la disolución de dicha sociedad".

g) A partir de la sentencia que declaró la filiación natural de la demandante, Alejandro Alzate Arias aparece adquiriendo los inmuebles que por su ubicación y linderos se determinan en el hecho decimoquinto del libelo, en tanto que Juan de Dios "no volvió a adquirir sino un solo lote por valor inferior a los cinco mil pesos ($ 5.000.00) m. l."

h) La simulación de los contratos precitados surge claramente de los hechos que como indicios de la misma se alegan en el ordinal decimoséptimo de la demanda.

i) Juan de Dios Alzate instituyó en su testamento, como heredera universal, a la demandada Genoveva Restrepo v. de Alzate.

Los demandados se opusieron a las pretensiones de la demandante, negaron algunos de los hechos en que éstas se apoyan, aceptaron otros, y propusieron las que denominaron excepciones de "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante" y "prescripción adquisitiva ordinaria".

Trabada así la controversia, el juzgado la desató en sentencia de 28 de marzo de 1969, por medio de la cual absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon

en las súplicas principales, referentes a la existencia de la sociedad de hecho; se declaró inhibido para resolver las subsidiarias; ordenó la cancelación del registro de la demanda y condenó en costas a la parte vencida, la cual apeló de esa resolución.

Surtido el trámite de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante el fallo que constituye la sujeta materia del recurso de casación a que se hizo referencia, revocó el de primer grado y, en su lugar, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; declaró que los contratos a que se refieren las escrituras 579 y 597, de que se hizo mérito, son absolutamente simulados, y que, consecuencialmente, el inmueble y los derechos hereditarios materia de los mismos "no han salido efectivamente del patrimonio del señor Juan de Dios Alzate Arias, por lo que pertenecen a la sucesión de éste y a la sociedad conyugal que éste formó con la señora Genoveva Restrepo vda. de Alzate, disuelta e ilíquida por muerte de don Juan de Dios Alzate Arias"; condenó al demandado Alejandro Alzate Arias a "restituir a los interesados y herederos en la sucesión del finado Juan de Dios Alzate Arias y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida por muerte del mismo, el inmueble El Silencio y los derechos herenciales de éste en la sucesión de su padre, Alejandro Alzate Cañas, así como a pagar igualmente los frutos naturales y civiles que dichos inmuebles y derechos hayan producido, a partir de la muerte de don Juan de Dios Alzate Arias"; declaró "sin valor alguno", las ventas contenidas en las escrituras 579 y 597 precitadas, "por lo que el juzgado de primera instancia... librará la orden de cancelación a la Oficina de Registro respectiva, y lo comunicará al Notario correspondiente para que haga las anotaciones marginales pertinentes", y condenó a los demandados en las costas del juicio.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Luego de afirmar que se hallan satisfechos los persupuestos procesales, particularmente el de demanda en forma, y que tanto la demandante como los demandados se hallan legitimados en la causa, expresa el sentenciador que como las pruebas allegadas al proceso tienden a sustentar las pretensiones deducidas en la demanda, "ha de examinarse cuál de ellas se estructura dada su eventualidad, y naturalmente, teniendo en cuenta la prelación impuesta por la demandante, que bien puede consultar al igual que su interés personal, el interés de la justicia, que no es otro que el de dar a cada cual lo suyo, con el mayor acierto posible"; y que "considera indispensable jalonar esta providencia, en primer término, con la anotación de los hechos, condiciones y calidades fundamentales debidamente acreditados en la litis, que obviamente cimentan la interpretación de otros hechos, condiciones y calidades que deparan dificultad para su valoración, para luego, por eliminación o enumeración ir definiendo presupuestos que posibilitan la sustentación o desvanecimiento de las antecitadas pretensiones estructurales, para sacar en definitiva la conclusión que sea o se considere procedente".

En este orden de ideas, comienza el Tribunal por precisar los hechos que a su juicio se hallan debidamente demostrados en el proceso, y luego de extractar los testimonios de Pablo Antonio Castaño, Amelia Alzate de Suárez, José Trinidad Sánchez, Abraham Porras, Vespasiano Henao, Martín Emilio Hernández, Giraldo Suárez, José Rafael Garcés Adalberto Suárez, Luis Angel Moncada, Rubén Pérez, Gabriel Angel Celis, Román Uribe Restrepo y Concepción Gallego v. de Ceballo, expresa:

"La anterior relación de puntos demostrados en el plenario, ya por la parte actora o por la opositora, pues para el caso es indiferente su aportante, permite concluir lo siguiente:

"A. La beligerancia y acerbía con que se ventilaron los juicios de filiación natural y de alimentos en contra de Juan de Dios Alzate y en favor de Faustina Emiliana Alzate de Sánchez, permite deducir, por parte del primero, un ánimo predispuesto a ejecutar actos tendientes a burlar el derecho hereditario de la última, indiscutible en vista del fallo de la Corte y por mandato del Art. 28 de la Ley 45 de 1936, aunque viviese el hijo legítimo de Juan de Dios Alzate, pues su matrimonio fue posterior a la vigencia de dicha ley.

"B. Los términos del testamento de don Juan de Dios Alzate, negando lo innegable, a virtud de lo declarado por el precitado fallo, en cuanto a que tuviera hijos naturales, confirma su inadmisión de lo declarado por la justicia y constituye reiteración de su ánimo adverso a que Faustina Emiliana se beneficiase de dicha declaración.

"C. La propia institución de Faustina Emiliana como su legataria, condicionada a la no proposición de litigio alguno contra dicho testamento ratifica para la Sala dicho ánimo o propósito.

"D. La inmediata proximidad de las operaciones enajenativas contenidas en las escrituras Nº 579 del 2 de octubre de 1946 y 597 del 28 de diciembre de 1951, ambas en la Notaría de Jericó, al fallo de la Corte, a los siete días la primera, y a la muerte de su padre, a los tres días, la segunda, evidencia su intención de evitar, a la mayor brevedad posible, que en su patrimonio figuren los bienes de alguna consideración o importancia.

"Las anteriores conclusiones demuestran el ánimo e interés de simular. De otra parte no existe duda en cuanto al nexo de consanguinidad, afecto, confianza y buen entendimiento con el presunto confabulado para la simulación.

"E. La ausencia de justificación de las anteriores operaciones enajenativas de don Juan de Dios, ya que no aparece ratificación al decir de don Alejandro, su apoderado y de algunos testigos, en relación a que aquél no le gustaban las fincas, o que fuese inclinado a los bienes urbanos, o a dar dinero a interés o a las operaciones bursátiles, ya que no tenía bienes urbanos a su nombre, el único dinero dado a interés aparece otorgado a una tasa reducidísima para una persona que tuviera esa actividad y las pocas acciones que tuvo y dejó, las obtuvo por herencia de su hijo José Bernardo.

"F. La importancia relativa para él, en cuanto a sus bienes propios y el natural apego que debía sentir hacia bienes heredables de su padre, que él había administrado, hacen difícil admitir que el móvil para efectuar dichas enajenaciones fuese diferente a burlar los derechos hereditarios de su hija, declarada tal a su pesar, pues ninguna necesidad evidente tenía para vender esos bienes, ni su precio aparece invertido o gastado en cosa alguna que lo explique.

"G. El presupuesto enajenado siguió interesado e interviniendo en las fincas, ayudando a su hermano, al decir de alguno, y al pregonar él mismo que las fincas eran de don Alejandro, para evitar las dudas que su intervención causaba a quienes le veían actuar en relación con ellas, contradice su supuesto desafecto por las fincas rurales y posibilita interpretar, como lo hace la Sala, que con sus persistentes afirmaciones de que las fincas eran de Alejandro, simplemente trataba de consolidar la apariencia buscada y que sus actuaciones traicionaban. Si ninguna preocupación tuviese al respecto, seguramente no habría tenido necesidad de hacer resaltar en tantas ocasiones que el dominio exclusivo fuera de Alejandro. Esta circunstancia en lugar de sustentar la tesis de los demandados, sirve para consolidar la de la actora, en cuanto a la falta de ánimo enajenativo de don Juan de Dios, manifiesto en la persistencia de su interés en las propiedades supuestamente vendidas.

"H. Los escasos bienes y rentas que figuran a nombre de Juan de Dios Alzate y de su esposa, indican que no corresponden al concepto que de ser personas adineradas gozaban en la población de Jericó, ni permite suponer que les fuesen suficientes para atender a su congrua subsistencia, por lo cual se puede inferir que gozaba de otras fuentes de ingresos provenientes, seguramente de bienes suyos que figuraban a nombre de otra persona, la que por razones múltiples, ostensibles en el plenario, no podía ser otra que el hermano del primero, Alejandro Alzate Arias, con quien aquél era muy hermanado, avenido, a quien ayudaba en sus negocios, liquidaciones e inspección a las fincas y a quien designó su albacea.

"I. Corrobora lo anterior lo increible que puede ser el hecho de que un hombre de negocios, preste a su hermano, Alejandro, la casi totalidad de su patrimonio declarado, sesenta mil pesos, al medio por ciento mensual, o sea, a trescientos pesos mensuales, cuando personas incapaces de trabajar, o a quienes no les gusta realmente emprender negocios directamente, pueden colocar

dinero a interés con garantías suficientes, a tasas obviamente superiores a aquélla.

"J. Don Juan de Dios Alzate Arias no tenía ninguna renta por concepto de arrendamiento y la de su esposa era ínfima, por lo que no se encuentra razón al dicho de algunas de las explicaciones del demandado, de don Alejandro Alzate, en el sentido de que aquél era inclinado a los bienes raíces urbanos y a dar dinero a interés, cuando como ya se vio, conforme a las declaraciones de renta y patrimonio, no tenía ni una ni otra actividad, y antes bien se declaraba como agricultor de oficio.

"Todo lo anterior —agrega— permite concluir que don Juan de Dios Alzate ejecutó actos simulatorios, enderezados a hacer nugatoria la declaración de paternidad natural que en su contra y en favor de Faustina Emiliana del Socorro hizo la Corte Suprema, por lo que resta determinar la naturaleza del acto simulado u oculto, una vez que para la Sala existen suficientes elementos de convicción, como lo son los ya anotados, que evidencian el propósito y la realización de operaciones simuladas, faltando por precisar la índole de los actos encubiertos bajo el manto de las enajenaciones contenidas en las escrituras 579 del 2 de octubre de 1946 y Nº 597 del 28 de diciembre de 1951, ambas de la Notaría de Jericó".

Refiérese en seguida el sentenciador a la pretensión principal de la demanda, para decir que en el supuesto de que las enajenaciones hechas por Juan de Dios a Alejandro mediante las escrituras precitadas constituyeran un aporte a la sociedad de hecho que, según la demandante, existió entre ellos, es lo cierto que se desconocen los aportes que habría hecho Alejandro, y la indeterminación de éstos impide "no sólo la configuración de la pretendida sociedad de hecho, sino la eventual liquidación de la misma, por ausencia de bases para ello', siendo, por lo mismo, "inoficioso el estudio de las restantes exigencias que la doctrina y la jurisprudencia contemplan para que se admita la formación de una sociedad de hecho".

Desechada así la pretensión principal, procede el Tribunal al estudio de la subsidiaria de simulación absoluta de los contratos recogidos en las escrituras 579 y 597 memoradas, y con tal motivo observa:

"Para la Sala los hechos demostrados bajo las letras rr), s), t), y las declaraciones comentadas a la letra W) bajo los números I, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI, XII, XIII y la carta determinada bajo el número XV de la misma letra W) permite concluir, como se hizo bajo las letras E, F. G, H, I y J de esta misma motivación, que las operaciones realizadas bajo las escrituras citadas fueron absolutamente simuladas porque así permite inferirlo ese mismo conjunto de indicios, revelativos de falta de propósito real de enajenar, por razón del ánimo predispuesto a la simulación, la persistencia del interés en el conjunto de los bienes amparados bajo el nombre de Alejandro Alzate Arias, por parte de Juan de Dios Alzate Arias, su confianza plena en aquél, su parentesco y afecto recíproco, así como por implicar esta conclusión una explicación, a la imposibilidad de poder subsistir siquiera modestamente, don Juan de Dios y su esposa, con los escasos producidos declarados en sus declaraciones de renta y patrimonio, insuficientes desde todo punto de vista, para unas personas calificadas en su ambiente como adineradas, rentas que en su conjunto apenas duplicaría el salario mínimo de una pareja de jornaleros, si no fuera por el producido de los bienes puestos en cabeza de Alejandro por las citadas operaciones".

Los hechos a que alude el Tribunal, señalados en el fallo con las letras rr), s) y t) son, en resumen, los siguientes:

rr) En el proceso que Pedro Luis Cortés y María Mercedes de Cortés promovieron contra Alejandro Alzate Arias, a intento de obtener el pago del seguro de vida de un hijo de aquéllos, muerto en la finca La Tulia el 12 de agosto de 1959, el apoderado de Alejandro, se refiere en varias ocasiones a "los dueños" de dicha finca; y en el curso del proceso varios de los declarantes aluden a ésta como de propiedad de Alejandro y de Juan de Dios. Advierte el sentenciador que "esta prueba se admite en este juicio, aunque trasladada en copia del juicio original, por razón de que en ambos, en ese y éste, figura como parte demandada el mismo Alejandro Alzate Arias".

s) En los procesos laborales que tanto Cristóbal Hernán Córdoba, como Juan Bautista Córdoba promovieron contra Juan de Dios y Alejandro, que culminaron con las sentencias de segunda instancia, fechadas el 16 de febrero y el 22 de junio de 1960, respectivamente, no hubo "declaración de ilegitimidad de la personería en cuanto a Juan de Dios Alzate Arias, codemandado, como éste lo solicitara, ya que antes bien, en el fallo de 14 de noviembre (el de primera instancia en el primer proceso), la condenación se hizo en relación a ambos demandados, por haber admitido Alejandro en posiciones que igualmente Juan de Dios daba órdenes, y por decir prácticamente la totalidad de los declarantes en el juicio, que la finca La Cabaña, en donde tuvieron cumplimiento las relaciones laborales de los demandantes, era reputada por todos como de propiedad de ambos demandados". Y

t) Juan de Dios "tenía intervención y participación en los productos de las fincas La Tulia, La Cabaña, El Silencio, y El Tapado, pues no otra cosa indican las anotaciones que se hacen en varios documentos, en que se hacen liquidaciones de vales, productos y participaciones relacionadas con dichas fincas".

Los testimonios a que hace referencia son los de Pablo Antonio Castaño, José Trinidad Sánchez, Abraham Porras, Vespasiano Henao, Martín Emilio Hernández, Giraldo Suárez, Adalberto Suárez, Luis Angel Moncada, Rubén Pérez, Gabriel Angel Celis y Román Uribe Restrepo. Y la carta mencionada es la que en copia obra al folio 87 del cuaderno 6-A, "dirigida por el doctor Enrique Giraldo Zuluaga a Juan de Dios y Alejandro Alzate, fechada el 10 de diciembre de 1951, relacionada con consulta que éstos le hicieron sobre la utilización de las aguas en las fincas La Tulia y La Cabaña, de su propiedad por parte de la Central Hidroeléctrica de Jericó, que indudablemente contesta uno de los señores Alzate en que se dicen propietarios de esas fincas".

Advierte, por último, que "el hecho de que don Alejandro Alzate Arias haya denunciado en su declaración de renta, y haya figurado en el Catastro Municipal de Jericó como único dueño de los bienes adquiridos a consecuencia de los actos escriturarios cuya simulación absoluta se declara, no tiene fuerza destructiva de la simulación antecitada, pues que simplemente es consecuencia de la apariencia buscada, y por lo mismo es explicable e inocuo al respecto que sólo él figurara pagando impuestos respectivos, los aportes para el Sena, y obviamente obrara en consecuencia el propio Juan de Dios, al decir que todos los bienes eran de Alejandro, porque así le interesaba a aquél que apareciera y se creyera, pues que ese era evidentemente el fin buscado con los supuestos actos enajenativos. Lo mismo —agrega— puede decirse del hecho de que don Juan de Dios no figurara como vendedor habitual de café, ni de cliente de los bancos de Jericó, ni apareciera pagando a su nombre lo que en ocasiones pedía para las fincas, una vez que el propósito, ánimo o interés deducido en el plenario mediante diversos hechos indiciarios, era el de evitar que Faustina Emiliana del Socorro Alzate de Sánchez, la demandante, recibiera beneficio alguno de la declaración de filiación que en su favor hiciera la Corte, contra el querer del padre natural de la misma, reiterado al negarle alimentos y hasta la calidad de hija natural al hacer el testamento".

De donde concluye el Tribunal que deben hacerse las declaraciones impetradas en las súplicas octava a decimatercera de la demanda, "con efectos, en cuanto a los frutos, a partir de la declaración de la herencia del finado Juan de Dios Alzate Arias, y con obligación de restituir el inmueble y derechos afectados por la declaración de simulación absoluta, una vez se ejecutorie el presente fallo".

Examina luego el sentenciador la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria propuesta por la parte demandada, y con fundamento en la doctrina de la Corte contenida en la sentencia de 6 de marzo de 1961 (XCV), según la cual el término de la prescripción extintiva no comienza a contarse "desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente", sino desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor, que "en ausencia de toda estipulación al respecto, no puede ser sino aquél en que el 'adquirente' contradiga el contrato secreto desconociendo el derecho del dueño,

es decir, negándose a obrar según fue acordado por los contratantes en el convenio oculto", concluye que no está probada la excepción de prescripción extintiva, pues comenzando a correr el término de la misma a partir de la muerte de Juan de Dios Alzate Arias, ocurrida el 25 de julio de 1966, no alcanzó a transcurrir el tiempo exigido por la ley para su consumación. Y que tampoco lo está la adquisitiva, puesto que la misma declaración de haber sido simulados los referidos contratos "impide el que en ellos se fundamente una prescripción adquisitiva ordinaria de dominio sobre los bienes y derechos afectados con dichas operaciones, pues la propia declaración de simulación conlleva la negación del ánimo de dominio, en que se debe cimentar, al igual que de suyo niega que las actividades demostrativas de posesión en cuanto a los mismos bienes y derechos hayan ido a su propio nombre, o exclusivos, con lo que se desvanece así cualquier tentativa de adquisición del dominio fundada en un título regular, que precisamente se infirma, y en una posesión que se estima ha sido a nombre ajeno, no exclusiva y de todos modos sólo aparente".

La demanda de casación

Dos cargos formúlanse en ella a la sentencia del Tribunal, ambos con fundamento en la causal primera, que se estudiará en el orden en que fueron propuestos.

Cargo primero

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal superior de Medellín —dice el censor— por violación indirecta del artículo 1766 del C. C., al cual fue inducido el mismo Tribunal por error de hecho consistente en haber apreciado como indicios, hechos que realmente no tienen ese carácter y que tampoco fueron demostrados en el juicio. La violación indirecta del precepto citado consistió, precisamente, en haberlo aplicado al caso sub-judice, no siendo aplicable por haber declarado probados legalmente, no estándolo, los hechos que la misma norma supone y que no fueron demostrados en el proceso".

Desenvuélvese la censura en consideraciones de índole doctrinaria acerca de la naturaleza de los indicios como medio de prueba, de los elementos que los estructuran y de la manera como deben ser apreciados, para notar que "con un absoluto desconocimiento de los principios científicos, técnicos y positivos sobre prueba indiciaria, el Tribunal extremó su autonomía hasta llegar a exonerar, cómodamente, al demandante de sus naturales cargas y obligaciones probatorias", y que hizo uso inadecuado de ella, incurriendo en graves errores de hecho.

A continuación, extracta el censor los hechos que tuvo por probados el Tribunal; critica la apreciación que éste hizo de los testimonios allegados al proceso, al ver en ellos "el supuesto hecho indiciario de que después de los contratos de compraventa acusados de simulación, Juan de Dios Alzate Arias continuó ejecutando actos de poseedor y dueño en las fincas enajenadas a Alejandro, dizque, porque las visitaba, daba ordenes y obtenía participación en los productos de ellas", y al haber conferido mérito probatorio "a los testimonios que con el carácter de prueba trasladada fueron arrimados en copia al juicio, como si se tratara de un litigio entre las partes, con un total y desconcertante desconocimiento de las doctrinas y principios que regulan este tipo específico de pruebas"; dice que es en este punto donde se revelan con mayor claridad los errores de hecho en que incurrió aquél "al admitir categóricamente que todos los hechos anteriores están demostrados, apresurándose a conferirles el carácter de indicios, que demuestran, según el sentenciador, que los contratos acusados sí fueron simulados y aparentes", y enseguida expresa:

"Un examen breve de los hechos que el Tribunal presume demostrados, indica su naturaleza equívoca, es decir, su carencia absoluta de fuerza indicadora, como erróneamente la sostiene y se la confiere el sentenciador de segunda instancia.

"En efecto, qué fuerza indicadora o demostrativa de la supuesta simulación puede tener la circunstancia o hecho de que la demandante obtuvo de la H. Corte la declaratoria de estado civil de hija natural de Juan de Dios Alzate Arias; o de que Geno-

veva Restrepo de A. y Juan de Dios Alzate Arias hubiesen contraído matrimonio católico; o de que la primera demanda de filiación natural propuesta por la madre de la demandante hubiese sido destruida por un incendio acaecido en la ciudad de Jericó; o de que del matrimonio de Juan de Dios y Genoveva hubiera nacido un hijo que llevó el nombre de José Bernardo que falleció en el año de 1960; o de que se presentara una mera coincidencia en el tiempo, en lo relacionado con la muerte del señor Alzate Cañas y el otorgamiento de la escritura Nº 597 de 1951, cuando todavía vivía su hijo José Bernardo, y, por claro mandato de la Ley 45 de 1936, la demandante no podía concurrir a la sucesión de Juan de Dios Alzate Arias, por haber sido procreada antes de la vigencia de la misma ley; o que María Eva Cañas de Alzate, segunda esposa de don Alejandro Alzate Cañas, como también Jesús María Alzate Cañas le vendiera o cediera a Alejandro sus respectivas cuotas hereditarias; o que la señora Rosa Amelia Alzate de Suárez le cediera a su hermano Alejandro su porción hereditaria en la misma sucesión de su padre; o que el señor Alejandro Alzate Cañas en su testamento cerrado hubiera instituido herederos a sus hijos legítimos Juan de Dios, Alejandro, Jesús María, Rosa Amelia y Rosalina Alzate Arias, cuando la misma ley le ordenaba estas asignaciones; o que Juan de Dios y Alejandro Alzate Arias hubieran intervenido en la partición de bienes de la sucesión de su padre, si eran en esta parte legítima; o de que al señor Alejandro Alzate Arias se le hubiese adjudicado la hijuela del pasivo en dicha sucesión, por la razón muy clara de que había comprobado haber hecho todos los gastos del juicio mortuorio; o de que como lo expresa el Registrador de Instrumentos Públicos de Jericó, los hermanos Alzate Arias, no hubiesen celebrado negocios jurídicos por un lapso de 15, 16 o 17 años, constancias verdaderamente ingenuas, como son también las del Juzgado Segundo Municipal, Juzgado del Circuito y Tesorería de Rentas Municipales; o de que en las declaraciones de patrimonio y renta de Juan de Dios Alzate y su esposa no figuraran bienes de consideración; o de que el mismo Alzate Arias se hubiera opuesto a un juicio de alimentos por considerarlo abiertamente injusto; o de que don Juan de Dios Alzate hubiera otorgado testamento y hubiera hecho la enfática afirmación de que no obstante la sentencia de la H. Corte, sobre declaratoria de su paternidad natural de la demandante, no se consideraba en su fuero interno padre de Faustina Emiliana del Socorro de Sánchez, invocando, seguramente, la naturaleza íntima y secreta de los hechos que dan lugar a la paternidad, pues aseguraba que la madre de ésta sostenía relaciones sexuales con otros hombres.

"Los hechos anteriormente narrados son de la mayor ocurrencia, pues son simplemente actos humanos cuya ejecución es necesaria en el desarrollo normal de la vida del hombre. Si en ellos existe alguna fuerza indicadora, sería la específica finalidad de ellos, la que se desprende claramente del contexto literal de los mismos, pero jamás, en sana lógica, que además de ese sentido específico tan claro, pudiera el intérprete interesado en ello, como es el criterio de la demandante, plenamente aceptado por el Tribunal, de que indican otros hechos que, a su vez indican el hecho o los hechos que la actora pretendió demostrar; es decir, que los dos contratos de compraventa celebrados entre don Juan de Dios Alzate Arias y don Alejandro Alzate Arias, se hubieran hecho con la intención y el propósito de defraudar intereses legítimos, cuando el mismo Tribunal sostiene, en el análisis de la prescripción de la acción de simulación, que el interés jurídico de la actora vino solamente a configurarse después de la muerte de Juan de Dios Alzate Arias".

Observa luego que el Tribunal incurrió en visible error de hecho al dar por establecido, con los testimonios mencionados, que Juan de Dios frecuentaba las fincas denominadas La Tulia y La Cabaña, cuando del estudio cuidadoso de los mismos se concluye "que carecen absolutamente de fuerza demostrativa, pues sólo coinciden en afirmar que nada les consta personalmente sino por 'díceres de la gente, porque se comenta, porque se asegura por algunas personas', testimonios que en estas circunstancias no pueden ser legalmente aceptados". Hace un resumen de las conclusiones a que llegó el sentenciador con fundamento en los hechos

que dio por probados, y dice que "no son muy claros los mecanismos de convicción que empleó el Tribunal para admitir como demostrada la supuesta simulación de los actos contenidos en las escrituras 579 y 597 citadas, precisamente porque no se ajustan a los principios lógicos que son de rigor"; que no pudo precisar si se trata de una simulación absoluta; de una relativa o de una simple interposición de persona; que se limitó aquél a admitir una serie de hechos como suficientemente demostrados, para inferir inmediatamente unas conclusiones que le permiten dar por probada la simulación, sin detenerse a examinar la naturaleza y fuerza indicadora de cada hecho; que la circunstancia de que una persona se oponga tenazmente a una demanda, o de que en un testamento someta al asignatario al cumplimiento de una condición, o de que lleve a cabo operaciones jurídicas sobre sus derechos hereditarios pocos días después de la muerte de su padre, "no indica absolutamente nada sobre la calidad y los móviles de los actos jurídicos que se llevaron a cabo"; y que carece de fuerza indicadora la circunstancia de que Juan de Dios visitara las fincas de su hermano, colaborara en su administración, diera órdenes en ausencia de su legítimo dueño, pues la unidad y solidaridad en la familia Alzate Arias ha sido siempre ejemplar.

Dice, finalmente, que "la mayor demostración de la realidad de los actos jurídicos celebrados entre Juan de Dios y Alejandro Alzate Arias, radica en las afirmaciones de la esposa del primero, doña Genoveva Restrepo v. de Alzate, quien de una manera enfática responde que dichos actos los celebró su esposo con el propósito de darle a su patrimonio una nueva forma y cambiar sus actividades agrícolas por otras que estuvieran más de acuerdo con sus deseos de tranquilidad y precario estado de salud. Que realmente se estipuló y se pagó un precio por las dos operaciones de compraventa, lo está pregonando no sólo el testimonio de la señora Restrepo v. de Alzate, a sabiendas de que se perjudicaba en sus propios intereses con dichas afirmaciones, sino también, en el testimonio de José Trinidad Sánchez, quien sostiene que vio cuando don Alejandro le pagó a don Juan de Dios la finca de 'El Silencio'."

Se considera

1. "Si en la prueba por indicios —ha dicho reiteradamente la Corte— se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por la ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza". (LXXXVIII, 176)".

2. Cuando la acusación al fallo de segunda instancia se funda en el manifiesto error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del material probatorio, la precisión y claridad en la formulación del cargo, exigidas por el artículo 374 del C. de P. C. para su viabilidad, imponen al censor la carga de determinar las pruebas respecto de las cuales habríase producido el yerro y demostrar la existencia del mismo, indicando qué medio supuso el sentenciador, cuál dejó de ver, o cuál falseó por adición o cercenamiento de su real contenido. El yerro así configurado tendrá que traducirse en conclusión contraevidente, vale decir contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y ser trascendente a la decisión, pues de lo contrario carecería de relevancia.

3. El cargo que se examina no se ajusta a la preceptiva técnica del recurso extraordinario; pues en él se limitó el impugnante a afirmar que el Tribunal apreció "como indicios hechos que realmente no tienen ese carácter y que tampoco fueron demostrados en el juicio"; a decir que "es muy vi-

sible, pues, el error de hecho del Tribunal cuando considera demostrado legalmente, no estándolo, el hecho básico del trabajo lógico con el cual se inicia siempre la estimación de la prueba indicial, lo que indujo al sentenciador, a su vez, a la violación de preceptos sustantivos"; y a expresar que "no queda la menor duda, pues, de que el Tribunal ... incurrió en un grave error de hecho, consistente en estimar erróneamente como indicios, hechos que no fueron demostrados legalmente dentro del proceso y atribuirles fuerza demostrativa de simulación", sin señalar concretamente, como era su deber hacerlo, cuál o cuáles de los veintisiete hechos que el Tribunal encontró "debidamente demostrados en el proceso" carecen de respaldo probatorio, máxime cuando en el fallo se señalan el folio y el cuaderno en donde se encuentra la prueba con fundamento en la cual dio aquél por establecido cada uno de tales hechos.

4. Tocante con la prueba testimonial apreciada por el sentenciador, el error de hecho no se hace consistir en que éste hubiera alterado su contenido, haciéndoles decir a las declaraciones lo que no expresan o dejando de ver lo que dicen, sino en haberles conferido "**mérito probatorio** a los testimonios que con el carácter de prueba trasladada fueron arrimados en copia al juicio, como si se tratara de un litigio entre las partes", y en que ellos "**carecen absolutamente de fuerza demostrativa**" para acreditar el hecho de que Juan de Dios visitaba las fincas de Alejandro, "pues sólo coinciden en afirmar que nada les consta personalmente sino por díceres de la gente, porque se comenta, porque se asegura por algunas personas', testimonios que en estas circunstancias no pueden ser legalmente aceptados". De esta suerte, si el yerro que se le endilga al Tribunal consiste en que éste le dio a dichos testimonios un valor probativo que no tienen, la censura ha debido formularse por error de derecho y no por error de hecho como se hizo.

5. Las fallas de índole técnica que se dejan notadas hacen impróspera la acusación, pues dado el carácter eminentemente dispositivo y restricto del recurso extraordinario, la Corte sólo puede juzgar la legalidad de la sentencia de segundo grado, que llega amparada por la presunción de acierto, dentro de los límites que le señale el recurrente y en el campo preciso en que se reclame su intervención. Le está vedado, por tanto, escudriñar las pruebas aportadas por las partes a fin de establecer oficiosamente los posibles errores en que hubiera podido incurrir el sentenciador al apreciarlas, ya en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, ya en cuanto a su valor probativo, pues no se trata de una tercera instancia en la que pudiera examinarse libremente la cuestión fáctica. De ahí que el artículo 374 del C. de P. C. establezca que cuando en casación se alegue que el quebranto de una norma de derecho sustancial "se cometió como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, **deberá determinarse cuáles son éstas, la clase de error que se hubiere cometido**" y su influencia en la violación de aquélla.

6. Resulta de lo dicho, que el punto de partida de la operación dialéctica realizada por el Tribunal para inferir la simulación absoluta de los contratos de que dan cuenta las escrituras 579 y 597 tantas veces mencionadas, o sea la existencia de los hechos indicadores, ha quedado firme, merced a la inanidad del ataque que por error de hecho en el punto se le formuló al fallo impugnado. Y por lo que al segundo paso de tal operación concierne, o sea a la inferencia que hizo el sentenciador para concluir en la existencia de la simulación, cabe observar que ella es respetable para la Corte por encontrar firme asidero en los poderes discrecionales de que goza el juzgador de instancia, a menos que al ejercitarlos hubiera incurrido en arbitrariedad manifiesta frente a la evidencia que arrojen las pruebas aportadas al proceso. "Basta así —ha dicho la Corte— para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación que no degenere, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente fuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios más profundo o sutil, más severo, más lógico, o de mayor juridicidad en sentir de la crítica. Aún en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no deja-

ría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda". (CVII, 289).

7. Estatuía el artículo 665 del C. J. que, "por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". Y preceptúa el nuevo Código de la materia en su artículo 250 que "el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso".

Tiénese, entonces, que si la convicción del juez acerca del hecho controvertido surge, de acuerdo con tales preceptos, no de cada uno de los hechos indiciarios aisladamente considerados, sino del conjunto de todos ellos, habida cuenta de su gravedad, concordancia y convergencia, resulta vano en casación el ataque que se formule a la conclusión a que llegó el sentenciador, fundado en que cada indicio, por sí solo, no prueba el hecho, pues a más de que una acusación semejante contraría la naturaleza misma de la prueba al romper la relación que ha de existir entre todos los hechos indicadores, desvertebra el raciocinio del sentenciador, desde luego que tal conclusión la dedujo éste del conjunto de los mismos y no de cada uno en forma aislada.

8. Esto es precisamente lo que acontece con la impugnación contenida en el cargo que se estudia, puesto que para atacar la conclusión a que llegó el Tribunal acerca de la existencia de la simulación de los contratos memorados, se refiere el censor a los hechos que aquél tuvo como indicios, para decir de cada uno de ellos que carece de "fuerza demostrativa de la supuesta simulación", limitándose a contraponer su propio criterio al del sentenciador, mas sin intentar demostrar la falta de relación entre los distintos hechos indicadores, o la manifiesta arbitrariedad de esta conclusión frente a las pruebas que demostrarían plenamente la sinceridad de los contratos cuya simulación declaró.

Contrariamente a lo sostenido por el recurrente, encuentra la Corte que los hechos que tuvo el sentenciador como indicios sí son indicadores de simulación absoluta, y por lo mismo, que la conclusión a que en el punto llegó aquél no es ilógica ni está por fuera del sentido común. En efecto, la beligerancia y acerbía con que se ventilaron los juicios de filiación natural y de alimentos promovidos por la demandante contra Juan de Dios Alzate, y el fallo que lo declaró padre natural de aquélla, son hechos reveladores de la causa simulandi, del móvil que indujo a Juan de Dios a realizar los actos simulados, que le permitieron al Tribunal inferir "por parte del primero, un ánimo predispuesto a ejecutar actos tendientes a burlar el derecho hereditario de la última". Por sabido se tiene que la determinación de la causa que impulsó a los contratantes a consumar el engaño es factor decisivo para hacer o negar la declaración de simulación, pues de no establecerse aquélla, el ánimo del juzgador tiene necesariamente que inclinarse a tener como seriamente concluidos los actos atacados, ya que no resulta verosímil que se finja un contrato sin motivo alguno. Y esos hechos le sirvieron al sentenciador precisamente para establecer, en el caso sub-lite, la causa simulandi.

Con fundamento en ellos y en otros más, tales como la proximidad de los actos de enajenación al fallo de la Corte y a la muerte del padre de Juan de Dios, "la propia institución de Faustina Emiliana como su legataria, condicionada a la no proposición de litigio alguno contra dicho testamento", el nexo de consanguinidad entre los contratantes, la falta de justificación de tales enajenaciones, la intervención posterior del vendedor en las fincas vendidas y la insistencia de Juan de Dios en pregonar que éstas eran de Alejandro, algunos de los cuales constituyen típicos indicios de simulación, llevaron al Tribunal a concluir en forma razonable, y en manera alguna arbitraria o ilógica, que Juan de Dios "ejecutó actos simulatorios, enderezados a hacer nugatoria la declaración de paternidad natural que en su contra y en favor de Faustina Emiliana del Socorro hizo la Corte Suprema", y que "las operaciones realizadas bajo las escrituras citadas fueron absolutamente simuladas (se subraya), porque así permite inferirlo ese mismo conjunto de indicios,

relativos de falta de propósito real de enajenar". El censor no desvirtuó el proceso lógico seguido por el Tribunal, sino que se limitó a afirmar que los hechos que éste tuvo como indicios no eran indicadores de simulación, contraponiendo así, como ya se dijo, su propio criterio al del sentenciador, y es palmario que entre esos dos criterios ha de prevalecer el de éste.

9. No existe en el proceso prueba que demuestre en forma inconcusa la seriedad de los contratos que el Tribunal declaró simulados, y, por lo mismo, no puede tildarse de arbitraria o de contraevidente la conclusión a que en el particular llegó aquél. La pretensión del impugnante de que se dé por demostrada la sinceridad de tales contratos con el dicho de la demandada de Genoveva Restrepo v. de Alzate y con el testimonio de José Trinidad Sánchez, no puede tomarse en cuenta, pues para ello sería menester que hubiera atacado el fallo de segunda instancia con fundamento en los yerros en que habría caído el Tribunal por no haberlos apreciado, lo que no hizo.

Síguese de todo lo dicho que es imprósperа la acusación.

Cargo segundo

Denúnciase en él "infracción directa de los artículos 2539, 2518, 2527, 2528, 2529 y 2532 del C. C., normas sustantivas, consistente en la interpretación errónea del primero de los textos citados, la que hubo de determinar a su vez, la no aplicación de los artículos restantes al caso sub-judice".

A intento de fundar su censura, expresa el recurrente:

"El demandado Alzate Arias alegó en el juicio oportunamente, las dos formas de prescripción adquisitiva de dominio, la ordinaria y la extraordinaria, con fundamento en que los inmuebles a que se refieren las operaciones jurídicas que la demandante acusa como simuladas, han sido poseídos por él un lapso mayor de veinte años, en forma tranquila, pacífica, continua e ininterrumpida, y, de buena fe, pues sus títulos son visiblemente justos y adquirió el dominio de ellos por medios legítimos, sin vicios y exentos de fraude.

"El Tribunal, mediante ligeras consideraciones sobre una sentencia de la H. Corte, en la que se sostiene que el término para el cómputo de la prescripción de la acción debe hacerse a partir del momento en que surge para el favorecido el interés jurídico, se inclina inmediatamente a confundir este fenómeno jurídico, de contornos muy claros, con la prescripción adquisitiva del dominio de los bienes raíces, invocando para sustentar este grave error jurídico, la doctrina contenida en el artículo 1º, 2538 del C. C., cuando establece que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva de ese mismo derecho".

"El error del Tribunal —agrega— radica precisamente en la interpretación equivocada del artículo 2539 del C. C., al entender la doctrina de ese texto como una preeminencia de la acción sobre las situaciones o supuestos que exige la prescripción adquisitiva, cuando la interpretación lógica es la de que la declaratoria de prescripción adquisitiva extingue ipso-jure toda acción o pretensión de reclamar contra una situación jurídica declarada judicialmente".

Hace luego el censor algunas críticas a la aplicación que hizo el Tribunal al caso **sub-lite** de la doctrina de la Corte sobre prescripción de la acción de simulación, y remata la censura en los siguientes términos:

"Aunque la acusación de violación a que se refiere el presente cargo, se refiere al artículo 2539 del C. C., por interpretación errónea, error de derecho que determinó la infracción, por no aplicación al caso subjudice de los artículos 2518, 2527, 2528, 2529 y 2532 del mismo Código, debe agregar que a estas violaciones fue inducido también por graves errores de hecho, cuando omitió el examen de los testimonios de Tulio Sierra, Horacio Ramírez, Pablo Castaño, testigos de la mayor autoridad moral, quienes afirman que Alejandro Alzate Arias ha ejercido actos de explotación económica, con un ánimo de dueño, de una manera continua, tranquila y pacífica por más de veinte años, es decir, desde la fecha de los instrumentos acusados por la demanda como simulados y aparentes".

Se considera

1. Adviértese, en primer término, que la censura adolece del defecto de técnica con-

sistente en acusar la sentencia de segundo grado por interpretación errónea del artículo 2539 del C. C., con fundamento en "graves errores de hecho" en que habría incurrido el Tribunal al omitir el examen de los testimonios de Tulio Sierra, Horacio Ramírez y Pablo Castaño, siendo así, que, como reiteradamente lo tiene dicho la Corte, la infracción de la ley sustancial, en su especie de la interpretación errónea, no puede alegarse por vía indirecta, ya que ella obedece a un equivocado entendimiento de la norma, considerada en sí misma, y no a desaciertos del sentenciador en el campo de las pruebas. Esta defectuosa formulación del cargo hace frustránea la censura.

2. En segundo lugar, que constituyendo el fundamento legal del fallo acusado el artículo 1766 del C. C., ha debido señalársele como infringido por aplicación indebida, pues mientras ese precepto quede en pie, mientras en el recurso extraordinario no se demuestre el error jurídico en que habría incurrido el Tribunal al aplicarlo, el ataque a la sentencia resulta ineficaz, puesto que su aplicación al caso sub-lite continúa amparada por la presunción de acierto.

"Cuando una sentencia es acusada en casación en el ámbito de la causal primera —se ha dicho—, el impugnante, por razón de la preceptiva ineludible del recurso, está obligado a dirigir su ataque contra las bases en que el proveído descansa, como que es éste en sí mismo, cual thema decissum, lo que queda sujeto, dentro de los intraspasables límites que la censura señala, al juicio de la Corte, que ha de decidir si el pronunciamiento se ajusta, sí o no, a las normas de derecho aplicables a la hipótesis del pleito". (CXXIX, 70).

3. Finalmente, que la parte demandada alegó tan sólo la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria, no la extraordinaria, y que para declararla no probada se fundó el Tribunal en que la misma declaración de haber sido simulados los contratos de que se ha hecho mérito, "impide el que en ellos se fundamente una prescripción adquisitiva odinaria de dominio sobre los bienes y derechos afectados con dichas operaciones, pues la propia declaración de simulación conlleva la negación del ánimo de dominio, en que se debe cimentar, ... con lo que se desvanece así cualquier tentativa de adquisición del dominio fundada en un título regular, que precisamente se infirma, y en una posesión que se estima ha sido a nombre ajeno, no exclusiva y de todos modos sólo aparente".

Este fundamento de la providencia impugnada no fue atacado por el recurrente y, por consiguiente, sigue prestándole firme apoyo a la decisión que en el punto profirió el Tribunal. A lo cual se agrega que la conclusión a que éste llegó encuentra respaldo en la doctrina de la Corte, según la cual "basta que en el correspondiente proceso se pruebe la nulidad, la falsedad o en general el vicio que afecte el título (como puede ser la simulación, nota la Sala), o la ausencia de la buena fe, para que en la misma sentencia se pueda y deba concluir que no se llenaron los requisitos necesarios para que se configure la posesión regular sin cuya existencia no es posible que se consume la prescripción ordinaria". (LXXVI, 60).

Se desestima el cargo.

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 dieciséis (16) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

BIBLIOTECA

SOCIEDAD DE HECHO

Inconsonancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Libia Monsalve Hoyos contra la sentencia de 7 de septiembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el proceso ordinario que contra aquélla promovió Deifilia Montoya de Monsalve en su condición de heredera de Germán Monsalve Hoyos.

El litigio

En la demanda introductoria del proceso impetráronse las siguientes declaraciones:

"a) Que entre la demandada Libia Monsalve Hoyos y la sucesión de Germán Monsalve Hoyos, representada por mi mandante Deifilia Montoya de Monsalve, existe una sociedad de hecho con capital aportado por el socio capitalista y causante Germán Monsalve Hoyos, destinada a actividades comerciales relativas a la compraventa de mercancías en el almacén denominado 'Almacén Real' que funciona en el local ubicado en la calle 12 con carrera 6ª del perímetro urbano de Cartago, en la que la demandada figura como socia industrial con participación del **treinta y tres por ciento** (33%) sobre las utilidades liquidadas, y con la obligación de cubrir solidariamente el pasivo que resulte demostrado a su liquidación.

"b) Que por muerte del socio Germán Monsalve Hoyos se declare disuelta la sociedad de hecho, relacionada en la petición anterior, y se ordene su liquidación por los medios que determina la ley, a fin de que la sucesión del causante Germán Monsalve retire el capital aportado, y se proceda a la distribución de las utilidades en la forma pactada entre los socios.

"c) Subsidiariamente decrete usted la liquidación de las operaciones anteriores al día en que se haga tal liquidación, correspondiente a la expresada sociedad de hecho existente entre las partes demandante y demandada, a fin de que la representante de la sucesión del socio capitalista Germán Monsalve Hoyos, señora Deifilia Montoya de Monsalve, retire el capital aportado por el causante, en cuantía de **un millón doscientos mil pesos** ($ 1.200.000.00) m/c.

"d) Subsidiariamente declare usted la nulidad absoluta entre los socios, de la sociedad de hecho formada entre el causante Germán Monsalve Hoyos y la demandada Libia Monsalve Hoyos por omisión de la escritura social y de las demás solemnidades exigidas por la ley.

"e) Condene en costas a la demandada".

Los hechos pertinentes de la causa petendi se resumen así:

a) En el proceso de sucesión testada de Germán Monsalve Hoyos que cursa en el Juzgado 3º Civil Municipal de Pereira, se reconoció a Deifilia Montoya de Monsalve, como cónyuge sobreviviente, y a los menores Carlos Arturo, Germán, Tomás Eduardo, Luis Edison, William, Magnolia y César Augusto Monsalve Montoya, como herederos del causante en su condición de hijos legítimos.

b) En la cláusula sexta del testamento otorgado por Monsalve Hoyos, mediante la escritura 249 del 13 de febrero de 1969, Notaría Segunda de Pereira, se expresa: "Declaro que mi hermana Libia Monsalve Hoyos es socia industrial en compañía que tenemos y en la cual yo soy socio capitalista,

sociedad propietaria de un almacén que funciona en Cartago, mi hermana Libia Monsalve Hoyos tiene derecho al treinta y tres por ciento (33%) de las utilidades y a un sueldo de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) mensuales. Esta sociedad de hecho inició operaciones el primero de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969)".

c) En las posiciones que Libia Monsalve Hoyos absolvió en el Juzgado 2º Civil Municipal de Cartago, a petición de Deifilia, confesó la existencia de la mencionada sociedad de hecho, "en la que figura como socia industrial con participación del 33% en las utilidades y un sueldo de un mil quinientos pesos mensuales", y que "las mercancías de que se compone el almacén Real, que es el negocio vinculado a la sociedad, pertenecen en su totalidad a la sucesión del testador Monsalve Hoyos".

d) Se tiene, por tanto, que entre Libia y Germán, hermanos entre sí, "se celebró verbalmente un contrato de constitución de una sociedad de hecho para explotar el negocio de comercio consistente en el almacén de mercancías denominado 'Almacén Real' que funciona en el local ubicado en la calle 12 con carrera 6ª de la nomenclatura urbana de Cartago, sociedad de hecho que empezó operaciones el primero de enero de 1969, con un capital de un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.00) m/c., perteneciente en su totalidad al socio capitalista Germán Monsalve Hoyos y representado en mercancías, muebles, enseres y demás equipo que integra el expresado almacén, y en la que la señora Libia Monsalve Hoyos es socia industrial con la participación consignada por el causante en su memoria testamentaria y aceptada por la socia industrial al absolver las posiciones de que antes hice mención".

e) "La socia industrial, señora Libia Monsalve Hoyos, por espacio de algunos años y hasta la víspera del día en que la sociedad de hecho formada con su hermano Germán Monsalve Hoyos empezaran sus operaciones de conformidad con lo pactado, fue empleada como cajera del mismo almacén, y sus sueldos y prestaciones sociales le fueron íntegramente cubiertos, lo cual consta en los libros de contabilidad respectivos".

f) La demandante "ha puesto todo lo que ha estado a su alcance para obtener de la señora Libia Monsalve Hoyos la liquidación formal de la sociedad a que me vengo refiriendo a fin de retirar para la sucesión que representa los aportes del socio capitalista y causante Germán Monsalve Hoyos y repartir las utilidades o pérdidas en la forma pactada y como lo determina la ley, pero no le ha sido posible, pues la socia industrial se ha encerrado en una rotunda negativa".

Libia, al contestar la demanda, aceptó que entre ella y Germán se formó una sociedad de hecho, tal como se afirma en el libelo, pero con las siguientes aclaraciones: que no es cierto que la totalidad de las mercancías del almacén pertenezcan a la sociedad; que ésta se formó hace más de diez años; que a la muerte de Germán el almacén valía un millón de pesos ($ 1.000.000.00) que en la mortuoria de aquél "se avaluó este mismo almacén en seiscientos mil pesos ($ 600.000.00), pero la viuda demandante fingió un juicio ejecutivo en el Juzgado Promiscuo Municipal de Alcalá, para apoderarse del almacén y saquearlo"; y que trabajó en dicho almacén por espacio de diez años, sin que se la hayan pagado prestaciones. Solicita, finalmente, que por el Juzgado se decrete la disolución de la citada sociedad de hecho "y se proceda a su reparto en la forma establecida por la ley".

Trabada en esta forma la controversia, el Juzgado del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Cartago, la desató en sentencia del 17 de febrero de 1970, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º **Declárase** que entre la demandada **Libia Monsalve Hoyos** y el señor **Germán Monsalve Hoyos**, existió una sociedad de hecho radicada en el 'Almacén Real' que funciona en esta ciudad y de la cual es socio capitalista el citado señor Germán Monsalve Hoyos, quien aporta dicho establecimiento comercial y socio industrial la señora **Libia Monsalve Hoyos.**

"2º **Declárase** que en dicha sociedad corresponde a la socia industrial, señora Libia Monsalve Hoyos, una participación del treinta y tres por ciento (33%) sobre las utilidades líquidas más el valor de los sueldos a razón de un mil quinientos pesos

($ 1.500.00) m/c. mensuales, desde el 1º de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969) hasta el día de la liquidación, con todas las obligaciones propias a su carácter de socio.

"3º En virtud de la muerte del socio Germán Monsalve Hoyos, se declara disuelta la sociedad de hecho relacionada en las declaraciones anteriores y se decreta su liquidación, a fin de que la sucesión de dicho socio Monsalve Hoyos, representada por su cónyuge sobreviviente Deifilia Montoya de Monsalve y sus hijos legítimos Tomás Eduardo, Luis Edisón, William, Magnolia, César Augusto, Carlos Arturo y Germán Ancízar Monsalve Montoya, retire el aporte hecho por aquél a la sociedad y las utilidades se repartan en la forma pactada entre los socios y como se deja establecido en el cuerpo de esta providencia.

"4º Sin costas".

Apelada esta decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante la de 7 de septiembre de 1971, revocó el fallo de primer grado, y, en su lugar, dispuso:

"1º Declárase que entre la demandada Libia Monsalve Hoyos y el señor Germán Monsalve Hoyos, existió una sociedad de hecho, cuyo objeto fue la compra-venta de mercaderías en el 'Almacén Real', establecimiento comercial que ha venido funcionando en un local ubicado en la calle 12 con carrera 6ª, en el perímetro urbano de Cartago.

"2º Declárase igualmente que la sociedad de hecho ya nombrada, se disolvió por muerte del socio Germán Monsalve Hoyos, debiendo sus herederos proceder a la liquidación, para que la sucesión retire el capital aportado y el socio sobreviviente la participación del treinta y tres por ciento (33%) sobre las utilidades líquidas.

"3º Consecuencialmente decretar la liquidación de dicha sociedad, con sujeción a las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre coherederos.

"Sin costas en ambas instancias".

Contra este fallo, según se dijo, interpuso la misma parte demandada el recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Comienza por notar el Tribunal que en el alegato de conclusión, presentado por la demandada, se critica la sentencia de primer grado "en cuanto se refiere al aporte del socio capitalista, estimándolo dicho aporte equivocado, porque los peritos en una apreciación intrascendente, sin valor por la forma como revisaron los libros de cuentas, no pueden emitir concepto sobre el capital aportado por el señor Germán Monsalve Hoyos", y que "en este sentido solicita adicionar la parte resolutiva del fallo para determinar dicho aporte".

Expresa luego que "es marcadamente ostensible, por la forma de relatar los hechos de la demanda y por la contestación de la misma, que entre los hermanos Monsalve Hoyos existió una sociedad atípica, originada en expreso consentimiento de los interesados con voluntad de asociarse y sin sujeción a los requisitos o solemnidades previstos por la ley, posición que se traduce en la colaboración lograda para obtener una utilidad en la venta de mercaderías que integra el nombrado 'Almacén Real"; que como no es permitido continuar la sociedad después de que uno de los socios ha fallecido, debe decretarse su disolución y consiguiente liquidación de acuerdo con los artículos 2141, 2335 del C. C.; que el liquidador ha de proceder a la división de los objetos que componen su haber "siguiendo las reglas concernientes a la partición de los bienes hereditarios que organiza el nuevo Código de Procedimiento Civil"; y que "como el liquidador en tal evento debe tener una base para evacuar el encargo por discordancia entre los socios en relación a la fecha misma en que la asociación fue formada y también el monto del capital aportado por Germán Monsalve Hoyos, precisa en forma objetiva con los elementos probatorios que de autos obran, determinar esas circunstancias con miras a elaborar justicieramente el trabajo".

En relación con el primer punto el sentenciador, con apoyo en algunos de los medios de prueba aportados al proceso que, a su juicio, contribuyen "a darle firmeza a la carta testamentaria sobre la fecha de aso-

ciación, señala el 1º de enero de 1969, como la del inicio de la sociedad. Y tocante con el segundo, o sea con el monto del aporte de Germán Monsalve Hoyos, expone:

"El liquidador debe analizar el aporte industrial en la sociedad de la señorita Libia Monsalve, teniendo en cuenta su participación en los beneficios sociales en un porcentaje del treinta y tres por ciento (33%), ya que al proporcionar su trabajo personal, no ha pagado cuotas de capital, y únicamente ha de participar en las utilidades de la empresa social, asimilándose ésta posición a la de un trabajador, cuya remuneración afecta la cuenta de resultados como la de los demás empleados que no han contribuido a la formación del mismo contrato social, sino prestando sus servicios para que se los retribuya con un sueldo.

"Menester es tener en cuenta que el aporte de industria no se determina en dinero en forma cierta como activo diferido, sino que el liquidador tendrá que acudir a los términos del contrato, a sus operaciones realizadas en el período en que la sociedad tuvo existencia, buscando armonizar la posición de ambos socios para entregarle a cada uno el aporte respectivo, sin desestimar la declaración en su carta testamentaria de Germán Monsalve Hoyos en el sentido de que su socia devengaba un sueldo mensual de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) durante la existencia de la sociedad".

Con el fin de precisar el concepto del Tribunal en el punto, debe observarse, de una parte, que la demandada solicitó se adicionara el fallo de segunda instancia "en el sentido de expresar que el aporte que debe retirar el socio capitalista para liquidar la sociedad de hecho a que se contrae este juicio, es el de cien mil pesos ($ 100.000.00), y que (a ella) le corresponde el 33% de las utilidades más una asignación de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) mensuales, hasta la total liquidación de la sociedad"; y de otra, que el sentenciador por auto de 16 de diciembre de 1971, negó la adición impetrada con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Se le ha solicitado a la Sala que adicione el fallo para que se establezca el monto del capital social, teniendo como base dos extremos afirmados en la demanda, el del actor que dice ser de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) y el del demandado en el sentido de que sólo llega a los cien mil pesos ($ 100.000.00). Como al proceso no se aportaron suficientes elementos de juicio, para relacionar los dos conceptos y determinar en cifras numéricas el aporte social, se resolvió dejar al liquidador el estudio y decisión del tema, que es realmente contable susceptible de establecer mediante una tarea positiva al estudiar los correspondientes libros y poder así presentar el inventario correspondiente de especies o dineros repartible entre los socios.

"La prueba con relación a este hecho que en autos figura, es la inspección ocular realizada y dirigida a establecer el capital social de que antes se ha hecho mérito.

"Se ha de referir también la Sala a la posición del apoderado de Libia Monsalve Hoyos, cuando dice que la sentencia no está conforme 'con lo que yo pedí que se declarara al revisarse el fallo'... De lo visto el Procurador Judicial pretende asumir una posición de demandante, siendo que en verdad, al contestar el libelo se limitó a negar algunos hechos, aceptó otros y aclaró los restantes en el sentido de que la compañía fue formada hace más de diez años, que el almacén valía más de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) y que en la causa mortuoria del socio Germán Monsalve Hoyos los bienes se avaluaron en seiscientos mil pesos ($ 600.000.00)".

La demanda de casación

Con apoyo en la causal segunda formúlase un solo cargo a la sentencia de segundo grado, consistente en que ésta "no es consonante con las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por la demandada".

Susténtalo así el recurrente:

"La demanda y su contestación constituyen cada cual un todo orgánico e indivisible. Las solicitudes de una y las réplicas de la otra solamente se explican en fuerza de los hechos que ellas enuncian. Y, ante todo, las declaraciones y ordenaciones que se tomen en la sentencia han de corresponder a lo enunciado, planteado y solicitado

en oportunidad y emitirse de modo tal que puedan realizarse ciertamente y de por sí.

"Ambas partes aceptaron la existencia de la sociedad de hecho y la proporción de los derechos de los dos socios. Igualmente expresaron su interés en que se declara tales hechos, así como la disolución de la misma y se decretara su liquidación para la distribución de los bienes con arreglo al contrato social y a la ley. Su contraposición se produjo exclusivamente en torno de la iniciación de la actividad social y del valor del aporte del socio capitalista, puntos éstos concatenados entre sí e indispensables para hacer la liquidación.

"La actora pidió ordenar que en la liquidación 'se proceda a la distribución de las utilidades en la forma pactada entre los socios' y, subsidiariamente, con derecho del socio capitalista a 'retirar el capital aportado, en cuantía de $ 1.200.000.00', según se lee en los pedimentos de la demanda (Fls. 12 y vto. C. 1º), luégo de afirmar en el hecho 4º (Fls. 10v. y 11), que 'la sociedad de hecho empezó operaciones con un capital de $ 1.200.000.00, perteneciente en su totalidad al socio capitalista, representado en las mercancías, muebles, enseres y equipo que integran el almacén, y en la que Libia Monsalve es socia industrial con la participación de un 33%'.

"Por su parte la demandada, al contestar la demanda (Fls. 18 y vto., C. 1º), replicó que la sociedad tenía más de diez años de antigüedad y que la liquidación debía hacerse conforme a la ley. Y en su alegato de conclusión (Fls. 23 v. y 37 vto.), que ésta debía hacerse partiendo de un capital de $ 100.000.00.

"Así las cosas y comoquiera que la ley al definir lo que es una compañía incluye como factor esencial el propósito de 'repartirse los socios entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación (C. C. 2079), resulta obvio que no puede saberse cuál es la situación final, ni su sentido, ni su cuantía, para la distribución proporcional entre los socios, si no existe un punto de partida cierto: cuáles fueron los aportes y su valor".

Agrega que ese punto es el único sustancial de la diferencia entre las partes y la razón del pleito, puesto que si se hubieran puesto de acuerdo, respecto de él, habrían liquidado la sociedad por sí mismas; que el Tribunal, al ordenar la liquidación de ésta, reconoce tanto el derecho de la socia industrial al 33% de utilidades y al sueldo mensual de $ 1.500.00, como el del socio capitalista a retirar el capital aportado, pero que como no se determinó la cuantía del mismo, no es posible practicar la liquidación; y que "ambas partes pidieron debida y oportunamente que se dijera cuál es el capital aportado y al que ha de referirse la liquidación para deducir el saldo repartible entre los socios", punto que no fue resuelto por el Tribunal.

La Corte considera

1. Siendo la sentencia el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela dispensa la ley a un interés jurídico determinado, debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas por el demandante y con las excepciones que asisten al demandado, puesto que unos y otras delimitan el campo dentro del cual ha de ejercer aquél su poder de decisión. De ahí que el Código Judicial estatuyera en su artículo 471 que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y que el nuevo Código de la materia, en forma más técnica, establezca que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley".

2. La falta de consonancia del fallo con aquellos extremos de la controversia, entraña un ejercicio excesivo o defectuoso de la jurisdicción por lo que al contenido del mismo atañe, y, por consiguiente, ofrécese aquélla en tres casos, a saber: cuando se concede algo distinto de lo pedido (extra petita); cuando se otorga más de lo pedido (ultra petita); y cuando se deja sin decidir algún punto de la pretensión o alguna de las excepciones (citra petita). En la última hipótesis el fallo es deficiente, puesto que no ha desatado la litis en su totalidad; y en las otras dos, excesivo por cuanto el sentenciador carece de jurisdicción para pro-

veer sobre cuestiones que no fueron sometidas a su decisión.

3. Al proceder, sobre estas bases, a examinar el cargo que por incongruencia se le endilga al Tribunal, cabe observar, ante todo, que la demandada no propuso excepciones en el curso del proceso, pues en la contestación de la demanda se limitó a aceptar como cierto el hecho de la existencia de la sociedad formada con Germán, a negar que las mercancías del Almacén Real pertenecieran en su totalidad a la sociedad, y a afirmar que ésta se formó hace más de diez años, que a la muerte de aquél el almacén valía un millón de pesos ($ 1.000.000.00), que trabajó en él durante diez años, y que no se le han pagado prestaciones. Posteriormente, en el alegato de conclusión de primera instancia, manifestó que el capital con que se inició la sociedad fue de cien mil pesos ($ 100.000.00). No alegó hecho alguno impeditivo o extintivo del derecho cuya tutela se impetra en la demanda, o que entrañara una oposición "a lo sustancial de la acción", para emplear la terminología del artículo 328 del Código Judicial, vigente entonces, ni, de otra parte, presentó demanda de reconvención.

4. En tales condiciones no puede la demandada alegar fundadamente inconsonancia del fallo de segundo grado, porque hubiera dejado de decidir alguna excepción o alguna pretensión suya, pues, repítese, no propuso excepciones ni contrademanda. Y si la incongruencia alegada dice relación a la pretensión de la parte demandante, la impugnación por tal motivo sólo sería procedente si se fundara en que el Tribunal la condenó por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, mas no cuando se le hace consistir, como aquí acontece, en que aquél dejó de decidir un punto de la demanda, pues ese hecho no perjudica a la parte demandada. "Es vano el cargo por inconsonancia —tiene dicho la Corte— cuando la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo, no es esta parte, sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (LXXIX, 855; LXXXIV 400).

5. No obstante lo anterior, observa la Corte que el Tribunal sí se pronunció expresamente sobre el punto en cuestión, o sea sobre el aporte de Germán a la sociedad formada con la demandada, y, por lo mismo, que la censura que por esta causa se le formula a la sentencia recurrida carece de fundamento.

Dejóse visto, en efecto, que el sentenciador consideró necesario precisar dos puntos que estimó fundamentales para que el liquidador evacuara su encargo: la fecha en que se inició la sociedad y **"el monto del capital aportado por Germán Monsalve Hoyos"**. Y al no encontrar demostrada la cuantía de ese aporte decidió el punto ordenado al liquidador "acudir a los términos del contrato, a sus operaciones realizadas en el período en que la sociedad tuvo existencia, buscando armonizar la posición de ambos socios, para entregarle a cada uno el aporte respectivo". Lo cual significa que el Tribunal delegó en el liquidador la determinación de ese aporte, como claramente lo expresa en el proveído, mediante el cual negó la solicitud sobre adición de su fallo:

"Se le ha solicitado a la Sala —dice— que adicione el fallo para que —se establezca el monto del capital social, teniendo como base dos extremos afirmados en la demanda, el del actor que dice ser de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) y el del demandado en el sentido de que sólo llega a los cien mil pesos ($ 100.000.00). Como al proceso no se aportaron suficientes elementos de juicio para relacionar los dos conceptos y determinar en cifras numéricas el aporte social, **se resolvió dejar al liquidador el estudio y decisión del tema que es realmente contable** (se subraya), susceptible de establecer mediante una tarea positiva al estudiar los correspondientes libros y poder así presentar el inventario correspondiente de especies o dinero repartible entre los socios".

6. Que la decisión del Tribunal en el punto sea ilegal, por no haber visto la prueba de la cuantía del aporte en la confesión espontánea hecha por la demandada en el alegato de conclusión de la primera instancia, o por cualesquiera otros motivos, es cuestión que no incide en la consonancia del fallo acusado, pues ésta se da tan sólo cuando ocurre alguna de las hipótesis a que se

alude en el numeral 2º de estas consideraciones, mas no cuando se falla en forma distinta a lo pedido por las partes, como aquí, sucedió. "**La causal segunda de casación —se ha dicho— sólo procede cuando se han resuelto puntos ajenos a la controversia, pero nunca cuando el Tribunal haya considerado la cuestión sub-judice de manera diferente a como la apreció alguna de las partes litigantes, o porque se hubiera abstenido de decidir de acuerdo con los puntos de vista expuestos por alguna de ellas**". (LXXII, 430; LXXVIII, 101; XCI, 512). Y no "**autoriza a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo**". (LXXVIII, 882).

Se rechaza el cargo.

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 siete (7) de septiembre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.



FILIACION NATURAL

Nulidad y restitución de términos. — Litis-consorte necesario y facultativo. Imprescriptibilidad de las acciones de estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., dieciséis de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 24 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el proceso ordinario instaurado por Fidel Arias contra los herederos de Abelino Cruz Vargas.

I

El litigio

1. Mediante libelo de 14 de noviembre de 1963, el citado Fidel Arias demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí a Francisco Segundo Anatolio Cruz y a Ana Librada Cruz, como herederos de Abelino Cruz Vargas, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que el demandante, hijo natural de Nicolasa Arias, lo es también de Abelino Cruz Vargas; que como tal tiene derecho a la herencia de éste con exclusión de los demandados, sobrinos legítimos del causante; que éstos deben restituirle, junto con los frutos naturales y civiles producidos, los bienes herenciales a ellos, adjudicados en la sucesión; que en caso de que los hubieran vendido o dispuesto de ellos en cualquier forma, se les obligue a pagarle el justo precio, según avalúo pericial; y que si los demandados se oponen a sus pretensiones se los condene en las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes:

Que Abelino Cruz Vargas, muerto en la población de Jenesano el 18 de marzo de 1962, mantuvo desde el año de 1926, con todas las características de un concubinato, relaciones sexuales estables y notorias con Nicolasa Arias, quien a la sazón era soltera y guardó absoluta fidelidad a su concubinario; que fruto de estas relaciones fue el nacimiento del demandante, ocurrido el 11 de abril de 1929 en el municipio boyacense de Ramiriquí, en donde dichas relaciones se desarrollaron inicialmente; que desde el nacimiento de Fidel y hasta la muerte de Abelino, éste reconoció siempre a aquél, como hijo suyo, y que en tal condición lo trató, atendió a su crianza, educación, lo estableció en labores agrícolas prodigándole ayuda moral y material, y que en ella lo presentó a sus relacionados en las poblaciones de Ramiriquí, Jenesano, Tibaná y Miraflores; que en septiembre de 1931, cuando el demandante apenas tenía dos años y medio de edad, su padre le hizo donación de un inmueble, haciendo figurar al donatario en dicho acto "con el nombre de Abelino, porque quería que llevara su propio nombre"; que cuando Fidel, siguiendo los consejos de su padre y con el apoyo económico que él le brindó, se estableció en la ciudad de Bogotá, era frecuentemente visitado por éste; que en las reuniones de familia, periódicamente celebradas, tanto en la casa de Abelino como en la de Fidel, a las que asistían los demandados, públicamente se prodigaban el tratamiento correspondiente a su relación paterno-filial, con pleno conocimiento y aceptación de todos los concurrentes; que el demandante, impulsado por el afecto que tuvo por su padre, respetó siempre a Abelino como a tal, lo acompañó y ayudó en su última enfermedad, atendió

con dineros de su exclusivo peculio los gastos que ésta y el entierro de su cadáver implicaron; y que ocurrido el óbito de aquél los demandados se apresuraron a abrir su sucesión, proceso en el cual el Juzgado Civil de Ramiriquí los reconoció como herederos del causante, en su calidad civil de sobrinos legítimos suyos.

3. Inicialmente los dos demandados, para que los representaran en el negocio, conjuntamente confirieron poder, con carácter de principal, al primero y de sustituto al segundo, a los abogados doctores Luis Sarmiento Buitrago y Luis Felipe Vargas, quienes aceptaron el mandato.

Y en ejercicio del encargo, el apoderado principal oportunamente contestó la demanda negando los hechos en ella invocados, oponiéndose a las pretensiones del demandante y proponiendo la excepción de "prescripción de la acción".

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, se continuó el trámite de la primera instancia con la práctica de las pruebas pedidas por el demandante, pues los demandados, en esta oportunidad, no hicieron uso del correspondiente derecho.

Surtiéndose la etapa probatoria del proceso, el abogado Guillermo Russi, quien entonces recibió poder del demandado Francisco Anatolio Cruz "para que represente mis derechos en el juicio ordinario", luego de haber intentado sin éxito obtener la declaración de nulidad de la actuación, en escrito de 19 de agosto de 1966 solicitó la restitución del término probatorio, con fundamento en que quien había sido apoderado sustituto de los dos demandados falleció el 25 de enero del año anterior. Esta pretensión le fue judicialmente acogida a la postre, puesto que el Tribunal Superior de Tunja, mediante auto de 29 de marzo de 1967, después de revocar la providencia del a-quo que la había denegado, decretó "la restitución de los términos corridos después del fallecimiento del doctor Luis Felipe Vargas y concretamente a partir del auto de apertura a prueba, inclusive, dictado el 30 de marzo de 1965",

5. En cumplimiento de la resolución de su superior, el juzgado de la primera instancia dispuso, por auto del 9 de mayo siguiente, abrir "a prueba el presente negocio por el término de diez días para solicitarlas".

Dentro de este lapso el demandante, después de notar que como "el término fue restituido para la parte demandada", expresó que las pruebas pedidas por él y ya practicadas debían considerarse al momento de fallar. De otro lado, el abogado Sarmiento Buitrago manifestó que en nombre "de la parte que represento en el juicio" pedía que se preguntara a los testigos traídos por el demandante y cuyas declaraciones ya se habían recibido, de conformidad con el contrainterrogatorio que al efecto formuló. Finalmente expresó que "sustituyo en la persona del doctor Hernán Olano Correa, ... el poder que me fue conferido".

Procedió el **a-quo** a decretar luego, en auto de 30 de noviembre, un nuevo término para practicar pruebas, y a autorizar el contrainterrogatorio pedido "por la parte demandada para los testigos recibidos".

6. Concluida después de muchas incidencias la ritualidad de la primera instancia, el juzgado del conocimiento pronunció su sentencia de 10 de agosto de 1971, mediante la cual declaró al demandante hijo natural de Abelino Cruz Vargas; se inhibió para "pronunciarse sobre el fondo de la acción de petición de herencia ejercitada en las peticiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda"; y condenó a los demandados en el 50% de las costas procesales causadas.

7. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicha providencia por la parte representada entonces por el abogado Olano Correa, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el que, por sentencia de 24 de noviembre de 1971, previa la infirmación del fallo apelado, absolvió "a los demandados de las peticiones de la demanda" y condenó al demandante en las costas de las dos instancias del proceso.

III

Motivación del fallo impugnado

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y de transcribir la parte resolutiva del

fallo de primer grado, expresa el ad-quem que como no encuentra "causal de nulidad, capaz de invalidar lo actuado", ni reparo qué hacer a los presupuestos procesales, es pertinente proferir sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material.

Dice luego el sentenciador que la demanda con la cual se inició el proceso, trae deducida principalmente la pretensión de filiación natural y acumulada consecuencialmente a ella, la de petición de herencia. Observa que la agregación de estas dos pretensiones en el mismo libelo es legalmente procedente; y refiriéndose a la primera, nota que está consagrada por los artículos 4º de la Ley 45 de 1936 y 6º de la Ley 75 de 1968, preceptos que transcribe en su sentencia.

2. Acomete en seguida el fallador el examen del problema que se planteó con la restitución del término probatorio decretado, que estima "fundamental para el resultado de litigio", puesto que, agrega, "por haber mediado un hecho procesal que afecta" las pruebas que tuvo como base el juzgador de primera instancia, "su fallo, quedaría en el vacío".

Al respecto observa el ad-quem que el juez de la primera instancia, por auto de 5 de diciembre de 1966, al decidir la restitución del término probatorio la denegó, "no accedió a decretar una nulidad propuesta en el proceso", pero que el Tribunal, al desatar la alzada interpuesta contra dicha providencia, "en marzo 29 de 1967, revocó el auto apelado y en su reemplazo dispuso la nulidad y la consecuente restitución de los términos corridos después del fallecimiento del apoderado y concretamente la decretó a partir del auto de apertura a prueba dictado el 30 de marzo de 1965".

3. Continúa el sentenciador refiriéndose a la actividad desplegada por las partes en el proceso después del decreto de restitución, en especial a la del demandante; recuerda que éste no solicitó de nuevo la práctica de sus pruebas, y que se limitó a pedir que las ya decretadas se le consideraran al tiempo de fallar.

Y luego de sentar algunas consideraciones en torno a la naturaleza y clase de los términos judiciales, a los efectos de la restitución de ellos, asevera que por "ser comunes necesariamente corren para ambas partes, y no para una tal como lo sostuvo erradamente el apoderado de la parte demandante, al creer como lo dijo en sus memoriales que la restitución del término operó únicamente para la parte demandada".

Orientado por este razonamiento, el fallador sostiene en su sentencia que como en el proceso se declaró "la nulidad a partir del auto que abrió por primera vez el juicio a pruebas (marzo 30 de 1965), las practicadas quedaron sin efecto y sin valor alguno, ya que el Tribunal declaró la nulidad y ordenó restituir el término de prueba, lo que se cumplió en el auto de mayo 9 de 1967 en el que nuevamente se ordenó abrir a prueba el negocio".

Añade que "a partir de esta última fecha, en adelante no se produjo ninguna prueba ni por la parte demandante ni por la parte demandada, sólo aparece la anotación del señor apoderado de la parte demandante en los dos memoriales de los folios 30 y 35 atrás relacionados, sosteniendo la tesis equivocada de que el último término probatorio era para la parte demandada a tenor de lo que dijo el Tribunal, esta afirmación no es exacta ya que si se lee el auto de este mismo Tribunal, en ningún momento dijo lo que creyó entender el apoderado".

4. Conclusión de estas consideraciones es, para el Tribunal, la de que el proceso quedó sin "soporte alguno" que permita acoger las peticiones de la demanda, por lo cual, añade, se debe absolver a los demandados, tanto más si "se tiene en cuenta que el juez de oficio no puede en ningún momento hacer las veces de parte y decretar y practicar las pruebas que por error no pidió una de las partes".

IIII

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la parte demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales se despacha el segundo que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Segundo cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 4º, ordinal 5º de la Ley 45 de 1936 y 6º de la Ley 75 de 1968, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas. La censura señala, como violación medio, los artículos 1759, 1761, 1762 y 1765 del Código Civil; 593, 597, 601, 604, 606, 609, 618, 630, 632, 637, 693 y 697 del Código Judicial anterior; y 174, 183, 187, 194, 219, 252, 254, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente.

2. En desenvolvimiento del cargo, empieza el censor relatando el desarrollo que tuvo el proceso en su primera instancia, en especial las incidencias surtidas en ella. Observa que el incidente de nulidad propuesto por la parte demandada le fue resuelto desfavorablemente; que las dos incidencias que por impedimento del juez a-quo se presentaron fueron ambas rechazadas; y que la relacionada con la restitución del término probatorio del proceso, propuesta por el demandado Francisco Anatolio Cruz, con fundamento en la muerte del apoderado sustituto de su codemandada Librada Cruz, fue resuelta favorablemente en segunda instancia, decidiendo el Tribunal que se restituían "los términos corridos después del fallecimiento del doctor Luis Felipe Vargas y concretamente a partir del auto de apertura a prueba, inclusive, dictado el 30 de marzo de 1965".

De esta primera relación de actos procesales deduce el impugnador, y así lo asevera, que la restitución fue impetrada por persona no interesada en ella y que sin embargo se decretó, por lo cual, agrega, "obviamente debía entenderse hecha y se hizo, no en beneficio de este demandado, a quien en ningún momento le faltó apoderado en el juicio, sino de la demandada Ana Librada Cruz, cuyo mandatario sustituto había fallecido".

3. Continuando con la relación del desarrollo del proceso, nota el impugnante que éste se abrió a prueba en primera instancia por auto de 30 de marzo de 1965, período dentro del cual el demandante pidió e hizo practicar sus pruebas; afirma que la restitución se decretó "a partir de tal auto, lo que quiere decir que dicha providencia quedaba en firme y que a partir de ella correrían de nuevo los términos para el litigante en cuyo favor se concedió"; advierto que sin embargo de esta circunstancia el juez dispuso abrir de nuevo a prueba el proceso, por lo cual el apoderado de Librada Cruz, quien no fue la solicitante de la restitución, propuso un contrainterrogatorio para los testigos que ya habían rendido sus declaraciones; y recuerda, finalmente, que en esta oportunidad el demandante pidió que al proferirse el fallo se apreciaran las pruebas ya practicadas a instancia suya.

Conclusión de esta primera parte de la censura es, para el recurrente, la de que "el actor no solicitó, pues, una nueva práctica de las pruebas que ya había pedido y hecho recibir durante el término primeramente corrido, y ello porque no necesitaba hacerlo y porque la restitución de términos no se decretó propiamente en su favor".

4. Pasa luego el acusador a concretar el error de derecho que imputa al Tribunal en la apreciación de las pruebas practicadas.

En esta tarea, luego de transcribir los apartes trascendentes de la sentencia impugnada, dice el censor que el ad-quem edificó la resolución sobre estos cuatro cimientos cardinales: a) Que en el proceso se declaró una nulidad y como consecuencia de ella se dispuso restituir el término probatorio; b) Que esta restitución favorecía a ambas partes y que por tanto el término restituido era común; c) Que en razón de la nulidad declarada, quedaron sin efecto y sin valor algunos las pruebas inicialmente practicadas; y d) Que como el demandante no impetró de nuevo la práctica de sus pruebas, los hechos de la demanda quedaron a la postre huérfanos de probanzas.

Estima el recurrente que esta tesis del Tribunal es claramente injurídica porque confunde la restitución de términos con la declaración de nulidad de una actuación procesal; y añade que el espejismo que sufrió el fallador al ver una declaración de nulidad en donde apenas se decretó la restitución de un término, lo condujo a incurrir "en un palmario e indiscutible error de derecho" al desconocer eficacia y valor probatorio,

tanto a la prueba documental, como a la confesional y a la testimonial aducidas por el demandante para acreditar la paternidad natural que reclama.

5. Después de exponer, con cita de doctrinas de la Corte al respecto, algunas consideraciones en torno a los fenómenos de la restitución de términos y de la nulidad procesal, marcando la diferencia entre los efectos producidos por ellos, el recurrente remata la formulación del cargo expresando que todas las pruebas practicadas "conducen a comprobar y acreditan efectivamente la posesión notoria del estado de hijo natural que tiene Fidel Arias, respecto del difunto Abelino Cruz Vargas, así como la personería de los demandados. Al no reconocerles mérito demostrativo a todas esas pruebas, por considerar que no se practicaron e incorporaron en el proceso oportunamente, la sentencia cometió los errores de derecho que he puntualizado, y estos errores, a su turno, la llevaron a violar indirectamente, por falta de aplicación, el Art. 4º, ordinal 5º, de la Ley 45 de 1936 (Art. 6º de la Ley 75 de 1968)".

IV

Consideraciones de la Corte

1. La estructura del proceso civil, considerado como la unión concatenada de actos mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos a través de la sentencia, para llegar a su fin supone por tanto un complejo de actividades que en aras del orden y la claridad deben llevarse a cabo dentro del tiempo que para cada una de ellas demarca la ley.

Por ésto el procedimiento civil colombiano, tanto en el sistema consagrado por el Código de 1931, como en el del Estatuto que en la materia rige el país desde el 1º de julio de 1971, ha edificado sus regulaciones sobre el principio de eventualidad o preclusión de conformidad con el cual el proceso se articula en secciones o etapas, en cada una de las cuales las partes están facultadas para realizar determinados actos. Agotada la tramitación de la etapa respectiva, por virtud del principio en comento, se clausura definitivamente ésta para darle paso a la siguiente, y, en consecuencia, precluye para las partes el derecho que éstas podían ejecutar en ese período.

2. La consagración positiva del principio de la preclusión está en la determinación legal de las oportunidades para el ejercicio de los medios de defensa y de ataque, los que por tanto sólo pueden ser utilizados eficazmente por los litigantes en el tiempo indicado para ellos. Si así no sucediere; si con olvido de esta regla de procedimiento se admitieren los actos de postulación aducidos en oportunidad posterior, tal conducta implicaría, de un lado, el desconocimiento de los derechos que para las partes brotan de un acto procesal ya surtido; y de otro, abrir la puerta para que ingresen al proceso el desorden y la incertidumbre, lo que es inadmisible, porque va en desmedro de la seriedad que debe reinar en él.

Y es precisamente en el ejercicio del derecho de pedir pruebas en el que, según nuestro sistema procesal, se ha proyectado siempre con nítida evidencia el principio de eventualidad. En efecto, el Código Judicial últimamente derogado estatuía en el artículo 597, que las pruebas sólo podían ameritarse en su valor demostrativo cuando hubieren llegado al proceso, entre otras oportunidades, "3º Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto"; y el nuevo Estatuto Procesal Civil, en su artículo 183, igualmente preceptúa: "Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este Código".

3. El principio de la preclusión, empero, no ha tenido en la legislación procedimental colombiana carácter absoluto: eventos hay en que a pesar de haberse clausurado una etapa del proceso, es posible sin embargo repetir su tramitación, en todo o en parte.

De conformidad con las regulaciones contenidas en el Código de 1931, aún vigente cuando en el presente negocio se tramitaron y decidieron las incidencias propuestas en su primera instancia, si bien con efectos notablemente diferentes, las excepciones al principio indicado se reducían a dos: a) La declaración de nulidad de lo actuado; y b) El decreto de restitución de términos.

4. En lo que respecta a los efectos de la nulidad adjetiva el legislador de ese año, sin duda al considerar el proceso como una unidad dada la completa armonía existente entre los diversos actos que lo integran, acogió como regla general y así lo consagró positivamente en el artículo 455 del correspondiente estatuto, la de que toda la actuación surtida con posterioridad a la aparición del motivo que la generaba quedaba afectada por el vicio, sin consideración a que fuese dependiente o independiente del acto nulo ni a la parte que hubiera dado lugar a la irregularidad, con la consiguiente regresión de todo el procedimiento al estado que tenía antes de ocurrir la causal. Como al amparo de esta preceptiva legal el decreto de nulidad tenía virtud para aniquilar toda la actuación posterior a la ocurrencia del vicio, equivalía en la práctica a una restitución radical y absoluta de los términos vencidos, respecto de todas las partes y de todos los actos consumados en el proceso, los que por consiguiente dejaban de tener eficacia en él, incluyendo las pruebas practicadas.

El decreto judicial de restitución de términos, que ese mismo Código autorizaba en su artículo 372, ocurría cuando por causas imprevistas y no contrarrestables, alguna de las partes se había visto privada del uso de los plazos a ella concedidos para reclamar derechos o ejecutar actos atinentes al progreso del juicio. Pero este fenómeno, al contrario de lo que entonces ocurría con la nulidad, no invalidaba la actuación total ni absolutamente; como apenas implicaba que la parte favorecida con el decreto respectivo quedaba en condiciones de ejercer el derecho que no había podido hacer valer en tiempo oportuno, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, los actos cumplidos por la otra parte permanecían incólumes y conservaban por tanto su eficacia.

5. Como el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, eliminó el fenómeno de la restitución de términos, por lo cual ahora los litigantes quedan sujetos a las consecuencias procesales adversas de la fuerza mayor o del caso fortuito, el sistema de la preclusión solamente tiene hoy entonces como excepción la nulidad de lo actuado.

Mas, como el legislador de este año consideró injustificable por su excesivo rigorismo el principio de que la nulidad producía efectos sobre toda la actuación posterior a la aparición de la causal, el cual además atentaba contra la economía procesal, lo atemperó en el sentido de determinar que el decreto de nulidad de una actuación sólo afecta los actos que sean secuela necesaria de aquél en que se produjo la irregularidad. Y ésta fue precisamente la regla que consagró mediante el artículo 158 del Código respectivo, al estatutir que "la nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste".

6. En el caso de este proceso, como claramente quedó visto en la primera parte de esta providencia, inicialmente el juicio se abrió a prueba en primera instancia, por auto de 30 de marzo de 1965, período dentro del cual el actor solicitó e hizo practicar sus probanzas; en proveído de 27 de marzo de 1967 el Tribunal, a petición de quien entonces apoderaba al demandado Francisco Anatolio Cruz, decretó "la restitución de los términos corridos... a partir del auto de apertura a prueba, inclusive...", con fundamento en que el apoderado sustituto de la demandada Librada Cruz había fallecido el 25 de enero de 1965; en obedecimiento de la resolución de su superior el juez a-quo dispuso, en auto de 9 de mayo de 1967, conceder un nuevo término probatorio "de diez días para solicitarlas"; dentro de este lapso el demandante, notando que "el término fue restituido para la parte demandada", se limitó a pedir que las pruebas ya practicadas se apreciarán al tiempo de fallar.

Estimó el Tribunal de Tunja, y sobre tal juicio edificó su sentencia desestimatoria de la súplica principal de la demanda, que como efecto de la restitución del término las pruebas aducidas por el actor, fueron anuladas, "quedaron sin efecto y sin valor alguno" puesto que no se repitió ni la petición ni la práctica de ellas, y consiguientemente dedujo que "el juicio quedó sin soporte alguno para que la Sala pueda entrar a considerar las peticiones de la demanda".

7. Siendo la nulidad y la restitución de términos, dos fenómenos procesales que co-

rresponden a causas diferentes y de los cuales dimanan efectos disímiles, no es admisible refundirlos en uno solo, ni menos atribuir a uno de ellos las consecuencias que son propias del otro, como injurídicamente lo hizo el Tribunal.

Cuando al amparo de una decisión judicial, cuyo contenido se limita a restituir el término probatorio del proceso, el sentenciador omite evaluar el mérito de las pruebas pedidas y practicadas dentro de aquél con observancia de los ritos exigidos por la ley vigente al tiempo de su producción, considerando que para estimarlas deben pedirse y practicarse nuevamente por haber quedado anuladas a virtud de la restitución decretada, con su conducta infringe las normas que gobiernan el diligenciamiento o ritualidad de los medios de convicción, y consiguientemente incurre en yerro de derecho porque ella lo conduce al incumplimiento del deber legal que le asiste de apreciar las pruebas eficaces.

8. Dedúcese de lo dicho que el Tribunal sentenciador, al atribuir a la restitución de términos los efectos de la declaración de nulidad y al omitir consiguientemente la ponderación de las pruebas practicadas, violó las disposiciones legales que entonces regían su diligenciamiento y las que al tiempo de proferir su fallo, gobernaban su apreciación, quebrantando indirectamente por esta causa, por falta de aplicación, el artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

De todo lo cual se sigue que la decisión impugnada debe casarse.

V

Sentencia sustitutiva

1º La personalidad de la apelación en el litisconsorcio voluntario

1. En este proceso se configura un litisconsorcio pasivo, puesto que desde su iniciación el actor dirigió la demanda simultáneamente contra dos demandados, por existir entre éstos identidad en la causa jurídica de la pretensión deducida: la misma relación material que se invoca como fuente del estado civil cuya tutela se reclama. Pero no habiéndose entablado la acción contra el legítimo contradictor en esta cuestión de paternidad, sino contra sus herederos, caso en el cual la sentencia produce efectos relativos y no absolutos, no se trata de un litisconsorcio necesario, sino de uno meramente facultativo o voluntario, puesto que el demandante, por no existir el legítimo contradictor, en aras de la economía procesal ha citado a sus dos demandados en un procedimiento único por estar vinculados por una relación sustancial común.

Es decir, que el número plural de demandados en el proceso ha dependido exclusivamente de la voluntad del demandante, y no porque estuviera necesariamente obligado a instaurar un proceso único para obtener una sola decisión, que los obligue y los vincule a todos por la inescindibilidad de la situación jurídica que impida solución distinta para cada uno de ellos.

2. Tratándose pues de un caso de litisconsorcio facultativo, para los efectos de la resolución que aquí habrá de tomarse se requiere determinar el alcance del recurso de apelación interpuesto por uno de los litisconsortes, ya que, como adelante se verá, el otro no impugnó la sentencia de primera instancia.

3. En nuestro sistema de derecho procesal ha imperado el principio de que la apelación interpuesta por uno de los litisconsortes voluntarios, sólo puede beneficiar a quien la interpone, y no a los que tácita o expresamente han consentido la resolución impugnada. Lo cual es la consecuencia obvia y natural que brota de considerar que todos ellos son autónomos y que por lo mismo permanecen independientes unos de otros dentro de la relación procesal.

4. En el caso que aquí se estudia los demandados, para que los representaran en el juicio confirieron poder, con carácter de principal al primero y como sustituto al segundo, a los doctores Luis Sarmiento Buitrago y Luis Felipe Vargas, quienes aceptaron el mandato. Pero cuando en el proceso se estaban practicando pruebas, el demandado Francisco Anatolio Cruz otorgó nuevo poder al abogado Guillermo Russi para que lo representara en él, mandato éste que hasta hoy no ha sido revocado ni modificado.

Como la constitución de este nuevo apoderado implicó, según lo preceptuaba el ar-

tículo 266 del C. Judicial vigente entonces, la revocación del conferido antes por dicho demandado a los doctores Sarmiento y Vargas, de ello resulta que a partir de noviembre de 1965, éstos dejaron de tener la representación de Francisco Anatolio Cruz. Consiguientemente, cuando en junio de 1967 el doctor Sarmiento Buitrago sustituyó en el doctor Hernán Olano Correa "el poder que me fue conferido", sólo lo hizo como mandatario de Librada Cruz, porque a la sazón del otro demandado ya le había revocado el poder. El citado doctor Olano Correa, sólo vino a ser, pues, apoderado sustituto de Librada Cruz, y por tanto la apelación que él interpuso contra la sentencia de primera instancia, no podía serlo en nombre de la parte demnadada en general, sino únicamente de su mandataria Librada Cruz.

5. De todo lo cual se sigue que no estando apelada la sentencia, materia de este recurso, sino por la demandada Librada Cruz, la revisión que de dicho fallo procede a hacer la Corte debe limitarse a los efectos que de él surgen en contra de aquélla, siendo intocable dicha providencia en esta instancia en relación con el demandado Francisco Anatolio Cruz, quien tácitamente la consintió al no impugnarla, y a quien, por tratarse de un litisconsorcio facultativo, no puede beneficiar la gestión recursiva de su codemandada.

No es argumento capaz de demeritar la anterior conclusión el hecho de que Francisco Anatolio, mediante escritura Nº 954 de 7 de marzo de 1963, hubiese cedido a Librada "los derechos que a aquél le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de Abelino Cruz Vargas", porque el acto plasmado en dicho título, otorgado con anterioridad a la iniciación de este juicio, no contiene otorgamiento de mandato judicial alguno, para que la segunda representara al primero en este proceso; pero si tal encargo estuviere allí, habría que considerarlo como revocado por la constitución de nuevos apoderados que posteriormente hizo.

Además, del hecho de que Francisco Anatolio Cruz haya cedido a Librada Cruz sus derechos herenciales en la sucesión de Abelino Cruz Vargas, no le resta legitimación en esta causa de filiación natural, puesto que, como lo tiene dicho reiteradamente la doctrina, tal acto de enajenación no produce como efecto la transmisión del título ni la calidad de heredero, los cuales son inherentes a la persona del cedente.

2º La excepción propuesta

1. Tiene averiguado la doctrina que el estado civil, que es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, está fuera del comercio y por consiguiente es inalienable e imprescriptible.

Una de las fuentes principales de donde dimanan las calidades que integran dicho estado es el nacimiento. A virtud de él y según que provenga de una unión matrimonial o de una extramatrimonial, el nacido será hijo legítimo o ilegítimo, sin que esta calidad dependa de la voluntad del hijo o de la de su padres: es la ley la que impone esta o aquella filiación independientemente del querer del uno o de los otros.

2. La filiación se halla protegida por las acciones de reclamación y de impugnación. Mediante la primera se busca el reconocimiento del estado civil de padre, de madre o de hijo, cuando cualquiera de éstos se halla privado de esa calidad, que es la que en derecho corresponde realmente al reclamante, tiene por objeto la segunda destruir una filiación. cuando ella se goza aparentemente.

También lo tiene aceptado la doctrina universal, que los caracteres propios de un derecho se reflejan necesariamente sobre la acción que lo protege, desde luego que entre aquél y éste, existe íntima correlación. Porque el estado civil de las personas es inalienable e imprescriptible, las acciones de estado tienen que ser incesibles e imprescriptibles.

La imprescriptibilidad de las acciones de reclamación de un estado civil está consagrada expresamente en nuestra legislación positiva. En efecto, el artículo 2518 del C. C. estatuye que la prescripción es modo de adquirir el dominio de los bienes "que están en el comercio humano"; y el artículo 406 ejusdem claramente preceptúa que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado,

podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

3. Sin embargo de que el estado civil es imprescriptible, la ley señala límites de tiempo para el ejercicio de las acciones de impugnación. Pueden citarse, en el punto, los artículos 217, 221, 222, 336 y 337 del Código Civil, entre otros. Mas de que la ley establezca plazos dentro de los cuales es preciso, para que el estado civil no quede indefinidamente sin la determinación que reclama su carácter absoluto, ejercitar la acción correspondiente, tales plazos, como lo tiene aceptado la doctrina, no importan prescripción sino caducidad del derecho, fenómenos que aunque similares en sus efectos son disímiles por los fundamentos que los estructuran y por el trato procesal que gobierna su reconocimiento.

4. Lo dicho es suficiente para deducir que la excepción de prescripción de la acción de investigación de la paternidad natural, propuesta en el caso sub-judice, es legalmente improcedente. Débese, pues, mantener lo resuelto al respecto por el juez a-quo.

3º La paternidad demandada

1. Dos son en suma las causales que el actor invoca para sustentar la declaración de paternidad natural pedida en su demanda: las relaciones sexuales estables y notorias, y la posesión notoria del estado de hijo natural, a que aludían los ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, regulativa de la materia controvertida en este proceso por ser el estatuto legal que estaba vigente cuando se constituyó la relación jurídico-procesal.

Y para acreditar las referidas causales la parte demandante adujo tres medios de prueba: testimonios, confesión y documentos, cuya apreciación pasa a hacer la Corte.

2. La testigo Mariquita Hernández dice en su exposición jurada, que conoció a Abelino Cruz, de vista, trato y comunicación, "desde hace unos 70 años, éramos primos hermanos y vivíamos en la misma vereda"; que "debido a la amistad que teníamos se acercó y nos rogó y nos dijo que le mandáramos bautizar el niño que era el hijo de él, y luego acompañó al bautizado y pidió que se llamara Jorge Abelino, y entonces el sacerdote no le gustó porque era poco amigo de Abelino y se paró y miró el almanaque y volvió y se sentó y sentó la partida, pero no nos dio a saber cómo lo había puesto, al momento nos fuimos para el bautizo, esa tarde ni se separó de nosotros y por tarde se fue con nosotros para el campo y ese mismo niño que bautizamos ese día es el mismo que se llama Fidel Arias y lo siguió respetando como hijo, en una época se vio malito y él le ofreció una salve a la Virgen de Chinavita y fue y lo presentó... Sí señor, eso era así. El bregaba y lo reconocía como a su propio hijo que era el primero que tenía, y luego ya grandecito él le ayudaba a todo, le ayudaba a ver de los animales, y cuando ya tuvo más conocimiento le ayudaba al arreo de miel a Miraflores... Sí señor, Abelino lo crió en la casa de él con Nicolasa Arias que es la mamá de Fidel y después el hijo o sea Fidel, ayudó al padre... También es cierto que con Abelino nos tratamos y respetamos como compadres".

En su declaración Francisca Sosa Díaz asevera que conoció al finado Abelino Cruz durante cuarenta años, de vista, trato y comunicación en la vereda "Romazal", lugar donde vivía; que igualmente conoce a Fidel Arias, a quien ayudó a "criar" en esa vereda, desde "hace como unos treinta años". Y al contestar la pregunta que se le formuló consistente en que si le constaba que "durante ese lapso" aquél trató a éste como hijo suyo, respondió: "Sí señor Juez, me consta que Abelino lo quería por hijo natural, y eso lo digo porque era que nosotros vivíamos más o menos con Abelino, es decir, mi mamá y yo y nosotros, ayudamos a criar a Fidel y sé que Fidel es hijo de la señora Nicolasa Arias, y en el tiempo que tuvo ese hijo, era ella soltera y después ella se casó con Angelino Arias, y porque yo me di cuenta de todo eso, yo lo digo. Don Abelino nos dijo que Fidel era su hijo natural y lo presentaba a todos sus amigos como hijo propio, y como él lo sacaba a todas partes, en Ramiriquí, todos tenían que saber que era su hijo. Inclusive en alguna vez lo llevó a Chinavita a Nuestra Señora del Amparo para presentarlo a la Virgen. También me consta que Anatolio Cruz que era hermano

de Abelino, porque ya murió, lo conoció como hijo de Abelino a Fidel, mejor dicho, yo me refiero es Anatolio Cruz el hijo del que murió, o sea el sobrino de Abelino, porque cuando hubo Fidel me parece que ya Anatolio Cruz padre ya había muerto... Sí señor, sí le ayudaba el joven al papá y claro que él lo vestía y ayudaba a ver de los animales y lo que había que hacer. En después de que ya se creció se fue a trabajar el joven a Bogotá y ya era él el que le traía cosas y hasta su vestido. Y me consta que le ayudaba a cebar el ganado y a traerlo y venderlo a Ramiriquí, tenían también ovejas y cerdos, y en eso también le ayudaba y semanalmente mandaba a Miraflores a traer miel, y también a Berbeo y entonces mandaba a los hijos o sea a Fidel y a Jorge Sosa, que es hijo natural también y que yo soy su madre".

Angel María Galindo, dijo: "Sí señor, conocí a Abelino Cruz, porque yo iba a trabajar allá a la casa de él, él iba a mi casa y yo iba a la de él, hace como cincuenta años que lo conozco. A Fidel Arias lo conozco desde chiquito, y recuerdo que lo llamaba era Abelino, Abelino venga haga ésto, Abelino hágame este mandado, hace como treinta años que conozco a Abelino... Sí señor, Abelino lo estimó, lo educó, lo puso a la escuela y después lo puso al trabajo con los animales... Porque donde iba, él lo presentaba a todos los amigos como su hijo, a mí me lo presentó como su hijo, todos los conocidos de Abelino sabían que Fidel Arias era su hijo, no sólo en estos pueblos, sino en todas partes que Abelino tenía amigos... Sí señor, como lo quería como a su propio hijo, por eso le confiaba esos negocios".

Antonio Parra Hernández, después de expresar que por ser vecinos conoció a Abelino Cruz durante veinticinco años, y a Fidel Arias "desde nuestra pequeña infancia, porque inclusive estudiamos en junta con él", asevera, al responder la pregunta que se le formuló sobre si sabía que "durante ese lapso" aquél trató a éste como hijo, que "él ante cualquier persona declaraba y decía que Fidel era su hijo. Ambos se respetaban, Abelino como a su hijo y Fidel lo estimaba como a su padre. Abelino me dijo que él reconocía como a su hijo a Fidel e inclusive ese muchacho se crió con él, Fidel fue el único que veló por Abelino hasta su muerte, él lo vestía y le ayudaba en cualquier circunstancia. Abelino presentaba a Fidel a sus amigos y familiares como a su hijo... Sí señor, ellos se conocían y sabían que Fidel era hijo natural de Abelino Cruz, pues se trataban de primos con Fidel. En cuanto a Anatolio viejo yo no lo conocí y creo que él tampoco conoció a Fidel... Sí señor, y lo presentaba ante sus amigos como a su hijo. Abelino lo educó, lo puso a la escuela e inclusive cuando estábamos estudiando Abelino iba a la escuela y lo recomendaba a los profesores. También es cierto que Fidel lo ayudaba en la compra de miel en Miraflores".

Además de los anteriores, el demandante adujo las declaraciones testimoniales de Faustino Parada Vargas, Máximo Gómez Cruz, Darío Parada, Edilberto Caballero, Joaquín Caro Gómez, María Eloisa Castañeda, Estrella Caro de Caballero, María Antonia Galindo, Pastor Aponte, Campo Elías Muñoz, Segundo Castelblanco, Manuel Sanabria, Juvenal Moreno Mesa, Angelino Rincón, Pedro Arias, Alberto Avila y Laureano Rincón. Todos estos testigos, dando amplias razones de sus dichos, están de acuerdo en afirmar que Abelino Cruz Vargas trató a Fidel como hijo suyo, teniéndolo en su casa y en sus fincas, atendiendo a su educación y crianza, dándole educación, ocupándolo en diversos menesteres como persona de su absoluta confianza, calificándolo públicamente de hijo y recibiendo de él el calificativo de padre, presentándose recíprocamente coma tales, ante todos sus amigos, vecinos y familiares; y la mayoría de estos deponentes, además, expresan que dicho tratamiento paternofilial comenzó desde el nacimiento de Fidel, se prolongó durante la infancia y la juventud de éste y llegó hasta la muerte de Abelino.

Estas afirmaciones, hechas razonada y concordemente por sujetos hábiles para testimoniar, tan vinculados por habitación y actividades con los lugares donde sucedieron los hechos que deponen y en quienes no concurre ninguna circunstancia que afecte la credibilidad de sus asertos, los encuentra la Corte, suficientes para formar

su convencimiento de que Abelino Cruz Vargas es el padre de Fidel Arias.

3. La tesis esbozada por el apoderado, apelante en contra de esta prueba testifical, que en síntesis se reduce a sostener que por no haberse repetido la práctica de ella después de restituido el término probatorio, no se formuló a los declarantes el contrainterrogatorio presentado entonces por él, por lo que los testimonios quedaron a la postre sin contradicción y por tanto sin valor demostrativo alguno, es jurídicamente inaceptable, porque implica atribuir a la restitución de términos, efectos que no le son propios.

Según la ley, entonces vigente, dicho fenómeno procesal, sólo comportaba la posibilidad de que el litigante en cuyo favor se había decretado ejerciese los derechos que no había podido hacer valer oportunamente, pero nunca fue medio idóneo para destruir la eficacia de las probanzas practicadas a instancia de su contraparte. En punto a los efectos de la restitución de términos dijo la Corte en sentencia de 16 de septiembre de 1960, que "deja en vigencia o con valor lo actuado por la otra parte, como las pruebas que ella hubiese practicado, porque demandada la restitución de términos, debe entenderse que por el mismo hecho (el solicitante) ratifica la actuación, o por lo menos la deja condicionada el buen éxito del incidente de restitución" (XCIII, 1081).

4. Por lo demás, si las referidas declaraciones pedidas por el demandante fueron oportunamente decretadas mediante auto que fue notificado en debida forma, la demandada Librada Cruz, tuvo la oportunidad de fiscalizar su producción por intermedio de su apoderado principal, a quien no se le presentó inconveniente insalvable para cumplir el encargo que aceptó. Igualmente el demandado Francisco Anatolio Cruz, a quien nunca le faltó apoderado en el proceso, tuvo también la posibilidad de ejercer su derecho a contradecir la prueba.

5. Oportunamente aducida al proceso por el demandante, obra en él copiá de la escritura Nº 206 de 27 de septiembre de 1931, otorgada en la Notaría 2ª de Ramiriquí y debidamente inscrita en el registro de esa ciudad. Dicha escritura demuestra plenamente que Abelino Cruz Vargas hizo donación en esa fecha del inmueble "Romazal" a Fidel Arias, quien según algunos de los testigos, que aquí rindieron declaración, figura en dicho instrumento con el nombre de Abelino, porque así quiso que se llamara y efectivamente lo llamaba su padre natural.

6. El actor incorporó también a este proceso la copia expedida formalmente por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, de las posiciones que en noviembre de 1962 pidió a Francisco Anatolio Cruz y de la declaratoria de confeso a que dio lugar la no comparecencia del demandado a absolver las preguntas. Esta confesión presunta es también prueba de que Abelino Cruz Vargas trató siempre a Fidel Arias, desde el nacimiento de éste y hasta la muerte de aquél, como hijo suyo; que con ese carácter lo presentó a sus amigos y familiares; que atendió su crianza, educación y establecimiento; que le prodigó ayuda de todo orden; y que por su parte Fidel dio siempre a Abelino el tratamiento de padre.

7. Trajo además el demandante el documento privado suscrito en Jenesano el 20 de marzo de 1962 por él y por Pastor Aponte, reconocido expresamente por éste dentro del proceso, el cual por tanto acredita el contrato de arrendamiento de una bóveda ubicada en el cementerio de esa población cuyo uso prestó el segundo al primero, por el término de siete años a cambio de la suma de $ 300.00 que éste pagó, "la cual fue ocupada con los despojos mortales del señor Abelino Cruz".

8. Con fundamento en los medios de prueba analizados, la Corte encuentra suficientemente acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural que tiene el demandante Fidel Arias, respecto del difunto Abelino Cruz Vargas, por concurrencia de todos los presupuestos esenciales que estructuran esta causal.

De consiguiente, la declaración de paternidad pedida en la demanda es legalmente procedente, aún prescindiendo del estudio de las relaciones sexuales que al efecto también se invocan como causal en ese libelo, porque no siendo necesaria para dicha decisión la concurrencia de dos o más presunciones en el punto, cuando el juzgador encuentre plenamente demostrados los hechos

básicos de una cualquiera de ellas, debe declarar la filiación, quedando relevado de considerar las demás que se hayan alegado en la demanda. Y como esa es la resolución que trae la sentencia apelada, el fallo del **a-quo** al respecto debe mantenerse.

4º La petición de herencia

1. A la pretensión de declaración de su paternidad natural con relación a Abelino Cruz Vargas, el demandante acumuló consecuencialmente en su demanda la de petición de herencia, para cuyo conocimiento el juzgado **a-quo** se inhibió y por tanto se abstuvo de decidirla, al considerar que el apoderado del actor sólo había recibido de éste poder para instaurar la primera acción y no para ejercitar las consecuenciales de orden patrimonial que de ella se derivan.

2. Como tal resolución fue tácitamente consentida por el demandante al no impugnarla, y como tampoco esta parte adhirió a la apelación que contra ella interpuso la demandada Librada Cruz, resulta intocable en segunda instancia. Porque si se infirmara la sentencia de primer grado en ese aspecto para decretar la restitución de los bienes herenciales, se violaría el principio prohibitivo de la **reformatio in peius**, a término del cual al juez **ad-quem** no le es dado reformar la providencia apelada en el sentido de agravar la situación procesal que ella ha creado para el apelante, pues que el recurso ha de entenderse interpuesto sólo en lo que le es desfavorable.

En consecuencia, la decisión que el juzgado de la primera instancia tomó en lo atinente a la petición de herencia debe también sostenerse.

VII

Decisión

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 (24) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso ordinario seguido por Fidel Arias contra Francisco Anatolio y Ana Librada Cruz, y actuando como Tribunal de Instancia.

Resuelve

Primero. Confírmase la sentencia de diez (10) de agosto de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí;

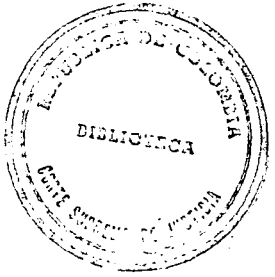
Segundo. Condénase a la demandada apelante en las costas de la segunda instancia, y

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



SIMULACION

Modificaciones al sistema probatorio del antiguo Código. — Prueba para los terceros e inter partes.

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

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

En el proceso ordinario que promovió Isabel Sánchez de Quintero contra José de Jesús Sánchez y Macario Quintero Niño, éste último, interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 30 de julio de 1971. Para decidirlo, se considera:

Antecedentes

1. Las súplicas de la demanda que dio origen a este proceso, tienden a que se declare que son simulados los contratos de compraventa contenidos en las escrituras Nos. 415 y 1464 otorgadas el 20 de marzo y el 8 de mayo de 1969, en las Notarías 1ª y 3ª de Bucaramanga, respectivamente, y que como consecuencia, se declare también que "la finca a que ellos se refieren pertenece a la señora Isabel Sánchez de Quintero, quien es dueña y poseedora".

2. Como fundamentos de hecho de las mencionadas peticiones, la parte actora expuso lo que en seguida se resume:

a) La demandante es la esposa del demandado Quintero y hermana legítima del demandado Sánchez;

b) En la partición de los bienes sucesorales de Jesús Porras Puerto, le fue adjudicada a Isabel, como heredera testamentaria, entre otros bienes, una casa ubicada en la calle 30, marcada con el número 23-09 en el antiguo barrio llamado "Pueblo Nuevo" en la ciudad de Bucaramanga, con un área aproximada de 125 metros cuadrados y cuyos linderos se indican en el libelo;

c) Los contratos de compraventa contenidos en las escrituras antes mencionadas son simulados, por cuanto Isabel no tuvo intención alguna de vender el inmueble a su hermano José de Jesús "ni entre los dos se pactó pago de precio, ni el supuesto comprador lo pagó, ni doña Isabel lo recibió, ni hubo entrega de la finca", ni José de Jesús, por su parte, tuvo intención de adquirirlo "sino solamente el de servir de testaferro para pasar la finca a manos de Macario Quintero Niño".

d) "Tampoco por parte de José de Jesús Sánchez hubo la intención de venderle a Quintero el dominio de la casa, ni pactó con él precio alguno, ni lo recibió ni entregó la casa que dijo entregar", ni hubo por parte de Macario Quintero "la intención de comprarle la casa a José de Jesús, ni entre los dos hubo convenio de pagar, ni Quintero pagó la escritura que dice que pagó, ni Sánchez recibió lo que en ella dice haber recibido".

e) "Isabel Sánchez Ordóñez se propuso simplemente pasarle a Macario Quintero el dominio de esa finca, por intermedio de José de Jesús Sánchez, pero de manera puramente formal, sin transmitirle el dominio, de modo que a los ojos de los terceros apareciera como dueño con la tolerancia de Isabel" pero "jamás se ha desprendido de la posesión de la casa... es ella quien la ocupa ahora y la ha ocupado siempre; es ella la que paga los impuestos, es ella la que actúa como dueña de la finca en forma pública, sin necesidad de permiso ni autorización de nadie".

3. Ambos demandados se opusieron a las pretensiones de la parte actora y negaron enfáticamente, en términos semejantes, los hechos referentes a la simulación. El juez del conocimiento puso fin a la primera instancia decidiendo lo siguiente:

"1º Declarar simulado el contrato de compraventa celebrado entre Isabel Sánchez de Quintero y José de Jesús Sánchez Afanador, otorgado mediante escritura número 415 de la Notaría Primera de Bucaramanga, el 20 de marzo de 1969.

"2º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

"3º Condénase al pago de las costas del juicio, a cada una de las partes en un 50%".

4. Por apelación que interpusieron la parte actora y el demandado Quintero, el Tribunal de Bucaramanga confirmó el punto primero de la parte resolutiva del fallo apelado y la condena en costas a la parte demandada, revocó los puntos segundo y tercero de la misma, y en su lugar declaró también simulado el contrato de compraventa celebrado entre José de Jesús Sánchez y Macario Quintero Niño, mediante la escritura Nº 1464 otorgada el 8 de mayo de 1969 en la Notaría 3ª de ese Circuito, ordenó la cancelación de las inscripciones correspondientes y condenó al mismo Quintero al pago de las costas de segunda instancia.

La sentencia del Tribunal

Luego de breve resumen de la cuestión **sub-judice** y de la actuación de primer grado dice lo siguiente: "Conoce pues el Tribunal el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, recurso que, como se advirtió, fue propuesto por la parte demandante y por una de las personas que integran la parte demandada, pero que en últimas fue absuelta de los cargos contra ella formulados... La apelación del demandado Quintero —agrega— obedece pues, solamente a la condenación que se le hizo de las costas en un 50%, porque en lo demás el fallo recurrido éste lo encuentra perfectamente viable, ya que "traduce la realidad procesal y responde a los más elementales postulados de equidad".

Sienta luego las siguientes premisas: a) Que la simulación declarada por el juzgado se encuentra en firme; b) Que en los autos está plenamente demostrado que la demandante es la esposa y hermana legítima de los demandados Quintero y Sánchez, en su orden; y c) Que ambos demandados "se oponen rotundamente a la demanda diciendo que las escrituras que dan fe de los contratos de compraventa no son simulados, sino reales,, pero es lo cierto que en autos obra la prueba documental de que la escritura hecha por Isabel a su hermano José de Jesús fue simulada".

Analiza en seguida los elementos de prueba que obran en el proceso, respecto de los cuales dice que "la determinación del juzgado quedó en la mitad del camino porque la simulación que afecta a la primera escritura también contagia (sic) a la escritura de venta que José de Jesús Sánchez le hizo a Macario Quintero y la prueba de esa simulación emana del mismo documento que sirvió para que el juzgado declarara tal simulación y ahora el Tribunal con fundamento en el artículo 175 del C. J. (sic) estima que la manifestación de cerrada oposición que los demandados hicieron a las pretensiones de la actora está contradicha en forma flagrante con la prueba documental que obra en el proceso y las circunstancias de parentesco que une a los actores de este juicio constituyen indicios vehementes sobre la simulación que se tramó en ambas escrituras por lo cual debe revocarse la sentencia recurrida en cuanto absolvió a Macario Quintero Niño de los cargos que contra él se formularon y en su lugar ha de decretarse que la escritura Nº 1464... también es simulada". Y más adelante agrega el **ad-quem** que "otro indicio vehemente puede ser para decretar la simulación la prueba de parentesco y de estado de marido y mujer que se evidencia dentro del proceso con las pruebas debidamente aportadas al informativo".

Y concluye el sentenciador en la siguiente forma: "estando modificado el antiguo sistema probatorio para la simulación que limitaba las pruebas entre las partes es del caso ahora tener en cuenta, como ya se advirtió, que el artículo 175 del C. J. (sic) que faculta al juez para tener los indicios como

un medio de prueba suficiente a fin de que los fallos que se dicten cuando se acude a la administración de justicia obedezcan a la realidad de los hechos y sean en la intimidad por encima de todas las apariencias, justos, modificando así la antigua legislación procedimental que regulaba el principio de verdad sabida y buena fe guardada".

La impugnación

El recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos por la causal primera de casación, de los cuales sólo se estudia el que está llamado a prosperar.

Segundo cargo

"Errores de hecho y de derecho —dice el impugnante— manifiestos los primeros en el proceso, en la apreciación de las pruebas en que se basa el fallo, que determinaron la violación indirecta de los artículos 768, 769, 1602, 1765, 1849, 1857 y 1934 del Código Civil, por falta de aplicación y 1766, en concepto de aplicación indebida".

Los yerros probatorios que le atribuye al Tribunal, los enuncia el recurrente de esta manera:

a) Error de hecho, por haber considerado que la contestación a la demandá que hizo Macario Quintero, oponiéndose a las súplicas impetradas y negando las afirmaciones de la actora referentes a la simulación, constituía un indicio vehemente de ésta. El ejercicio de semejante facultad procesal, como lo es el de dar respuesta a la demanda —arguye la censura— constituye simplemente el desarrollo del derecho de defensa que tiene todo demandado; que no es legalmente posible, so pena de desconocer ese derecho, hacer extensivo a tal respuesta el "indicio-sanción" que establece el Art. 95 del C. de P. C. para quienes no contestan el libelo o no hacen pronunciamiento expreso sobre los hechos y las pretensiones que éste contiene. En tal virtud, concluye el censor, es contraevidente hallar indicio en favor de la simulación alegada por la demandante, en una simple manifestación del derecho de defenderse o en el mero cumplimiento de una carga procesal.

b) Error de derecho al haberle dado alcance probatorio contra el mismo Quintero a la contraescritura privada suscrita por su codemandado Sánchez, lo cual implicó grave transgresión del Art. 267 del C. de P. C. "Esta disposición, trasladada ahora del C. C. al C. P. C., que es donde mejor le conviene, no hace más que consagrar el principio sobre relatividad de los actos jurídicos: **res inter alios acta**... Es decir, que los actos o negocios jurídicos realizados por otros, son inoponibles y no pueden afectar a terceros de buena fe ajenos a su realización. El Tribunal, extendiendo los efectos de la contraescritura firmada exclusivamente por José de Jesús Sánchez, a un tercero de buena fe, como es el demandado Macario Quintero Niño, quebrantó frontalmente el artículo 267 CPC" y además —agrega— quebrantó también el principio de que la buena fe se presume según el Art. 769 del C. C., al considerar justamente lo contrario respecto del mismo demandado, ésto es, que actuó de mala fe, sin prueba alguna que lo demuestre.

c) Error de derecho, al haberle asignado el carácter de indicio vehemente (porque a su juicio no lo es, ni menos aún necesario) de la simulación, a la prueba del matrimonio que contrajeron la demandante y Macario Quintero.

"El parentesco entre los contratantes ha sido considerado, ciertamente, como una de las presunciones comunes a toda clase de simulación (conjunctio sanguinis). Pero los hechos que constituyen, en conjunto, el cortejo de las presunciones simulatorias, cuando la prueba indiciaria es la que decide la suerte del contrato es relativamente numeroso: la confianza entre los contratantes, la capacidad económica, el móvil del contrato, el precio, la retención, la retención de los bienes, la enajenación en bloque, etc. Muchas de estas presunciones son típicas o peculiares de los actos simulados, y hay otras, anteriores, concomitantes o posteriores, que son generales o extensivas a cualquier contrato".

"No es el parentesco la presunción decisiva en asunto de esta monta... El parentesco viene a ser entonces, en el sub-lite, una prueba insular e insuficiente para fundar por sí sola una declaración tan grave como es

la simulación contractual. En términos de prueba indiciaria, la pluralidad es requisito necesario para la valoración de esta clase de prueba, tan delicada en su ponderación, y esa circunstancia se desprende, no solo de la doctrina tradicional y de la opinión de los autores, sino de textos legales expresos como los Arts. 1768 C. C. y 250 C. P. C. que resultan golpeados duramente por el fallador de instancia, si la simulación no puede inferirse sino de una sola inferencia: el parentesco... los indicios se deducen o aprecian 'en conjunto' y teniendo en cuenta su gravedad, precisión, concordancia y convergencia, lo que remite, sin duda, a una prueba múltiple".

Consideraciones de la Corte

1. El ordenamiento probatorio que regía mientras estuvo en vigencia la Ley 105 de 1931, sufrió apreciables modificaciones con el nuevo Código de Procedimiento Civil, algunas de las cuales es pertinente mencionar ahora.

a) Aunque se mantiene el sistema de las pruebas nominadas que consagraban los Arts. 1757 del C. C. y 593 del C. J., y que eran las únicas que le permitían al juez obtener su convencimiento, en el Art. 175 del C. de P. C., se establece que sirven también como prueba "cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez". Hoy, pues, éste puede adquirir certeza acerca de un hecho litigioso por cualquier medio de prueba que considere útil al efecto, aunque no esté previsto en la ley; para la práctica del mismo, deberá proceder "de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio".

b) En cuanto al criterio de valoración, el Art. 601 del C. J., establecía que las pruebas debían apreciarse "de acuerdo con su estimación legal, y, a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad", es decir, imperaba el sistema de la tarifa legal, atemperado en ciertos casos por el de la persuasión racional. En cambio, el Art. 187 del C. de P. C. dispone que los medios de prueba "deben ser apreciados en conjunto (se subraya) de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos", lo cual significa, que ahora rige, por regla general, el sistema de apreciación probatoria libre apreciación razonada o persuasión racional.

c) La apreciación en conciencia de las pruebas en el campo civil, salvo poquísimos casos de excepción (Arts. 1164 y 1210 del C. J.), no estaba permitida por la ley anterior, ni lo está por la actual, a menos que se trate de un proceso arbitral en el que las partes hayan autorizado expresa y unánimemente a los árbitros para proferir un fallo en conciencia (Art. 1216, numeral 3º, C. J. y 664, numeral 5, C. de P. C.). Es pues equivocado el concepto del Tribunal en cuanto expresa en la sentencia recurrida que dicho sistema de apreciación de las pruebas estaba "aceptado por la antigua legislación procedimental".

d) Respecto de los indicios, excepción hecha de los llamados "necesarios", el nuevo Código en su artículo 250 conserva el sistema anterior, en cuanto dispone que para que puedan producir en el juzgador la certeza jurídica indispensable para proferir su fallo, debe apreciarlos "en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas del proceso". Otro tanto exigía el Art. 665 del C. J., de acuerdo con el cual "...los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". No sobra agregar que los indicios están incluidos dentro de los medios de prueba que enumera el Art. 175 del C. de P. C., como lo estaban también dentro de los que señalaba la ley anterior. Mal puede decirse, pues, que los indicios forman parte ahora de las pruebas innominadas que autoriza el nuevo Código.

2. Tratándose de la acción de simulación, también llamada de prevalencia (LXXVII, Pág. 357; XC, Pág. 357; CXXX, Pág. 144), la prueba del acto simulado difiere según que la controversia se suscite entre quienes tomaron parte en aquél o que sea un tercero quien la pide. Para los terceros impera el sistema de la prueba libre, y por consiguiente pueden aducir todos los medios de con-

vicción que a bien tengan, sin más limitación que aquéllas que la misma ley establece para demostrar los actos jurídicos solemnes y las cuestiones atinentes al estado civil. En cambio, inter partes rige un sistema probatorio restrictivo, mutatis mutandi igual al que habían consagrado la jurisprudencia y la doctrina bajo el régimen legal anterior.

En efecto, para que pudiese demostrarse la simulación entre las partes, en principio sólo se aceptaban como pruebas eficaces la de confesión y la documental. La de testigos y la de indicios eran admisibles siempre que existiese un principio de prueba por escrito o que hubiese sido "imposible obtener una prueba escrita". Esa fue doctrina reiterada de la Corte, mientras estuvieron vigentes los Arts. 1759 del C. C., 91 a 93 de la Ley 153 de 1887 y 704 del C. J. (XCI, Pág. 100).

Respecto de terceros la misma doctrina establecía que éstos tenían absoluta libertad probatoria para demostrar la simulación del acto impugnado, vale decir, que además de la confesión y de la contraescritura, podían acreditarla con indicios y con testimonios de terceros.

3. Actualmente también rige entre las partes una restricción probatoria similar a la del sistema anterior, que está implícitamente establecida para la declaración de terceros en el segundo inciso del Art. 232 del C. de P. C., porque según éste, "cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto..." Dicho en otras palabras, la falta de contraescritura privada para acreditar entre las partes la simulación del acto o contrato, constituye un indicio grave de la seriedad de éste.

4. Como excepción a la restricción para admitir la prueba de testigos que establece el citado Art. 232 del C. de P. C., aplicable también a la de indicios, en él mismo se preceptúa que no militará ese indicio grave en contra de la existencia o del pago de la obligación cuando falte el acto escrito correspondiente, en aquellos eventos en "que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión". La calificación de esas circunstancias corresponde hacerla al juzgador dentro de su discreta autonomía.

5. Es principio de prueba por escrito, como lo definía el derogado Art. 93 de la Ley 153 de 1887, todo acto o documento que emane de la parte obligada o de su representante y que haga verosímil el hecho que se trata de probar. Ese valor demostrativo, en cuanto a la verosimilitud del hecho, es decir, a la probabilidad de que éste haya ocurrido, debe ser apreciado por el sentenciador de instancia de acuerdo con las reglas de la sana crítica, apreciación que salvo contraevidencia, debe ser respetada por la Corte.

6. Según el Art. 279 del C. de P. C., "los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre los que los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros", y al tenor del Art. 264 ibídem, en cuanto a las declaraciones que contengan "respecto de terceros se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica".

7. El Tribunal al declarar la simulación de la venta hecha por José de Jesús al marido de la demandante, se fundó, como aparece de su lacónico texto, en los siguientes indicios:

a) Parentesco entre los tres contratantes, ya que la demandante es la esposa de Quintero y hermana de Sánchez, según partidas que el sentenciador encontró legalmente allegadas al proceso. Este es un indicio, que ha sido considerado por la Corte, como tal (Cas. Civil, 18 de julio de 1941, G. J. Nº 1975, Pág. 807) y que el recurrente acepta, pero que como él mismo lo advierte no tiene el carácter de necesario.

b) La contraescritura privada suscrita por José de Jesús y cuya firma reconoció éste ante funcionario competente, lo cual la convirtió en documento auténtico, en la que declara explícitamente la simulación de la venta que la demandante hizo a su favor mediante la escritura Nº 415 otorgada el 20 de marzo de 1969 en la Notaría 3ª de Bucaramanga, y confiesa, por tanto, su carácter de simple testaferro de aquélla;

c) Que no obstante lo expuesto en los dos párrafos anteriores, tanto el demandado

Sánchez (quien no apeló de la sentencia de primer grado) como Quintero, se habían opuesto formalmente a las súplicas del libelo y habían negado los hechos referentes a la simulación de ambas ventas.

8. De vieja data y sin variaciones de ninguna clase, la Corte ha sostenido y ahora lo reitera que: "Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a conocer el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar, si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión y concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua el sentenciador está llamado por la ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza (LXXXVII, 2198, Pág. 176)". Este concepto está corroborado, entre otras, por la sentencia de 20 de marzo de 1959 (XC, 2207/09, Pág. 105).

9. En cuanto a la acusación concreta formulada por el recurrente contra la sentencia del Tribunal, la Corte observa:

A) Erró de hecho el Tribunal al haber considerado que la forma como contestó la demanda Macario Quintero, era indicativa de simulación de la compra que éste hizo a José de Jesús, porque es apenas obvio que el simple ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, si al contestar el libelo se opone a las súplicas impetradas y niega en todo o en parte los hechos que conforman la **causa petendi**, no puede interpretarse como un indicio en su contra, tal cual lo establece el Art. 95 del C. de P. C., para cuando guarda silencio dentro del traslado de la demanda. El sentenciador erró, pues, al estimar esa manera de dar respuesta al libelo como hecho indicativo de que la venta de José de Jesús al citado Macario era también simulada, cuando lo evidente es que en tal respuesta se afirma categóricamente lo contrario: que el contrato en cuestión se ajustó a la realidad.

B) Tanto el Art. 1766 del C. C. como el 267 del C. de P. C., estatuyen en forma muy clara que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producirán efecto contra terceros. De ahí que darle valor de indicio contra Macario al documento en que José de Jesús declaró ser un simple testaferro de Isabel y que la escritura de venta que éste había otorgado a su favor era simulada, constituye una indudable violación de los preceptos indicados. El Tribunal erró de derecho al hacer producir efectos probatorios a ese documento contra quien no había intervenido en su otorgamiento y era ajeno a los convenios entre la demandante y el demandado Sánchez a que el mismo se refiere.

Estos dos errores confluyen a que prospere la acusación formulada contra la sentencia del Tribunal, la cual debe casarse. Corresponde entonces a la Corte proferir en instancia la que haya de reemplazarla.

Sentencia de reemplazo

1. Al reseñar la actuación en este proceso se dijo que el demandado José de Jesús Sánchez se conformó con la sentencia de primer grado, al no haber apelado de ella. De esta suerte, es ajena a la apelación aquella parte del fallo en la que se declaró simulada la venta hecha por la demandante al citado Sánchez, que por consiguiente es intocable ahora.

2. El apoderado de Isabel Sánchez de Quintero se limitó a apelar de la sentencia del juez, en cuanto no accedió a hacer la misma declaración respecto de la venta que Sánchez hizo a Macario Quintero, mediante escritura Nº 1454 otorgada el 8 de mayo de 1969 en la Notaría 3ª de Bucaramanga. Empero, durante la segunda instancia no hizo gestión alguna ni expuso los motivos de su inconformidad con el fallo apelado.

De autos no aparece ninguna prueba que acredite la simulación del referido contrato de venta. El demandado Quintero, tanto al contestar el libelo como al dar respuesta al

pliego de posiciones que se le sometió, afirmó de manera enfática que el contrato impugnado corresponde a la realidad e inclusive adujo pruebas documental y de testigos tendientes a corroborar su aserto. En efecto, presentó unas letras de cambio aceptadas por él a favor de la demandante y que aparecen canceladas, que a su juicio demuestran el pago del precio de la venta y adujo unas declaraciones de terceros acerca de reparaciones efectuadas por él, a su costa, en el inmueble objeto de aquélla.

En todo caso, la parte demandante no logró demostrar en forma alguna que el contrato de compraventa que tilda de simulado lo hubiese sido. La mera prueba del parentesco en segundo grado de afinidad que liga a Sánchez y a Quintero, aisladamente considerada, no constituye siquiera indicio de tal simulación, la cual, no estando demostrada, impide que la súplica de la demanda formulada en ese sentido pueda recibir despacho favorable. De esta suerte el fallo apelado debe confirmarse.

3. En cuanto a la condena en un cincuenta por ciento (50%) de las costas que se impuso a "la parte demandada" en la sentencia de primera instancia, es apenas obvio que se trata de un simple error de redacción cometido por el juez. En efecto, si habiendo prosperado parcialmente las súplicas formuladas por la demandante, se condenó en la mitad de las costas a la "parte demandada", y si de otro lado, una de las personas que integraban dicha parte resultó absuelta y a consecuencia de ello se impuso a la demandante la mitad restante de tales costas, lógica y necesariamente debe entenderse que éstas no pueden cobijar al demandado Macario Quintero, quien no fue vencido en el proceso (Art. 392, C. de P. C.).

Las declaraciones hechas por el demandado José de Jesús en el documento suscrito en Bucaramanga el 20 de marzo de 1969 y cuya firma autenticó ante Notario en esa misma fecha (C. Nº 3, Fl. 20), están en abierta contradicción con las respuestas que bajo la gravedad del juramento dio en la diligencia de absolución de posiciones llevada a cabo ante el Juez 4º Civil de ese Circuito el 5 de noviembre de 1970 (C. Nº 3, Fls. 21 a 23). Teniendo en cuenta que esa contradicción podría configurar un ilícito penal, la Corte está en el deber de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 12 del C. de P. P.

Como consecuencia 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 30 de julio de 1971 y actuando como fallador,

Resuelve

1º) Confírmase la sentencia dictada por el Juez 4º Civil del Circuito el 25 de febrero del mismo año, en la parte objeto del recurso de apelación.

2º) Aclárase la condena en costas que contiene dicha sentencia, en el sentido de que un cincuenta por ciento (50%) de ellas es de cargo de la demandante Isabel Sánchez de Quintero y la mitad restante del demandado José de Jesús Sánchez;

3º) Condénase a la demandante en las costas de segunda instancia; no las hay en el recurso de casación; y

4º) Para los efectos del Art. 12 del C. de P. P., por la Secretaría de la Corte sáquese copia de lo pertinente de esta providencia, y de las piezas que obran a Fls. 20 a 23 del Cuaderno Nº 3 y envíese al reparto de los jueces del circuito en lo penal de Bucaramanga.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Venta separada de una misma cosa a dos personas.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Antecedentes

1. **Carlos Carvajal N.**, por escritura 374 de 11 de noviembre de 1922, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué, vendió a **Pioquinto Rengifo**, entre otros bienes, "una casa de paredes maestras, con cobertizo de teja de barro y el solar en que está edificada, teniendo este punto con la parte edificada veinte varas (20 vs.) de frente por treinta varas (30 vs.) de fondo, sobre las dos paralelas de sus costados, distinguida la casa con los números 102, 104, 106 y 108 en la carrera 3ª acera sur cuadra conforme a la nueva nomenclatura de esta ciudad, deslindados casa y solar así: por el Norte, calle de por medio, con casa del doctor José Caicedo Leiva; por el Occidente con casa y solar de la señora Isabel Sicard de Carvajal; por el Sur, con solar de la señora Isabel Guzmán; y por el Oriente con casa y solar del señor Francisco Hoyos". En dicho instrumento se dice que la casa fue construida a expensas del vendedor, y que el solar en donde está edificada lo adquirió éste por compra hecha a Jesús Guzmán Ochoa mediante la escritura 223 de 19 de agosto de 1895, pasada ante el Notario único de Ibagué.

2. **Pioquinto Rengifo**, por escritura 581, otorgada en la Notaría Segunda del mismo circuito el 29 de julio de 1927, vendió a **María Elena Carvajal** el inmueble determinado en el punto anterior.

3. **María Elena Carvajal**, por último, mediante la escritura 448 del 4 de marzo de 1954, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué vendió a **Plinio, Hernán, Gustavo y Aída Torres B.** el mismo inmueble, distinguido hoy día con los números 7-70 a 7-80 de la carrera 3ª de esa ciudad.

4. De otra parte, **Carlos Carvajal N.**, por escritura 250 de 2 de septiembre de 1895, pasada ante el Notario de Ibagué, vendió a **Isabel Sicard M.** "una casa de bahareque y paja, en solar propio, que mide quince varas de frente y catorce de fondo, y un solar que mide veinte varas de frente y treinta de fondo, todo medido con vara granadina, situados casa y solares en la calle segunda de la carrera del Tolima, en el marco de esta ciudad y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, o hacia el frente, con calle de por medio, con el local de la escuela pública de niños y con casa del señor Francisco Trujillo; por el Oriente o sea por el costado de abajo, con casa y solar de Ana Joaquina Guzmán, Isabel Guzmán, Evangelista Guzmán y María Guzmán; por el Sur o hacia el fondo, con solar de la mortuoria del finado señor Víctor Guzmán; y por el Occidente o costado de arriba, una parte con solar de la misma mortuoria, y otra con casa y solar de la señora Silvestre Galindo". Expresa el vendedor que el inmueble mencionado lo adquirió "por compras hechas así: la casa y solar, al señor Daniel Casas C. y el otro solar al señor Jesús Guzmán Ochoa, como consta respectivamente en las escrituras públicas números sesenta y nueve del siete de mayo del corriente año, y doscientos veintitrés del diecinueve de agosto último (1895) otorgadas en esta misma Notaría".

5. **Isabel Sicard de Carvajal**, obrando en su propio nombre y como mandataria es-

pecial de su marido Carlos Carvajal, mediante la escritura 3528 de 10 de diciembre de 1937, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, vendió a sus hijos Elvira, Isabel y Carlos Carvajal Sicard "una casa de bahareque y teja de zinc con solar propio que mide quince varas de frente (15 vs.) y catorce (14) de fondo, y otra casa de tapia y teja de barro unida a la anterior, también en solar propio, que mide veinte varas de frente (20 vs.) y treinta de fondo (30 vs.), todo medido con vara granadina, situados casas y solares en la carrera tercera de la ciudad de Ibagué, capital del Departamento del Tolima (antigua calle segunda de la carrera del Tolima), casas distinguidas así conforme a la nomenclatura de mil novecientos treinta y siete (1937), de la ciudad de Ibagué: carrera tercera (3ª) números siete cincuenta y ocho (7-58), siete setenta (7-70), siete setenta y cuatro (7-74), siete setenta y ocho (7-78), y siete ochenta (7-80), y alinderadas como sigue: por el Norte, calle de por medio, con la escuela pública de niñas y casa del señor Vitelio Sendoya; por el Oriente, con casa y solar del señor Marco J. Ramírez y casa y solar del señor Luis J. Mejía, separado por pared medianera; por el Sur, con casa y solar del señor César Falla; y por el Occidente. con casa y solar de los herederos de la señora Silvestre Galindo". Dice la vendedora que el inmueble lo adquirió así: los solares en que se levantan las casas, por compra hecha a Carlos Carvajal N., antes de ser su marido, mediante la escritura 250 de 2 de septiembre de 1895, de la Notaría de Ibagué; y las edificaciones por haberlas levantado con aquél "durante el régimen de la vida conyugal".

6. Carlos Carvajal Sicard vendió a Elvira y a Isabel Carvajal Sicard su tercera parte en el inmueble a que se refiere el punto anterior, según aparece de la escritura 1512 de 7 de octubre de 1948, pasada ante el Notario Primero de Ibagué.

7. Finalmente, Elvira e Isabel Carvajal, por escritura 197, otorgada ante el mismo notario el 14 de febrero de 1952, vendieron a Arcesio González Mejía y a María Galindo de González el inmueble "ubicado sobre el paramento Sur de la carrera tercera (3ª) entre calles séptima (7ª) y octava (8ª) distinguido en su actual puerta de entrada con el número siete cincuenta y ocho (7-58) de la citada carrera y alinderado y dimensionado así: por el Norte, en una extensión de doce metros (12.00 mts.) más o menos, carrera 3ª en medio, con la escuela pública de niñas y en una extensión de trece metros sesenta y cuatro centímetros (13.64 mts.) con fondo de la propiedad de la señorita María Elena Carvajal Sicard; por el Sur, en una extensión aproximada de veintitrés metros sesenta y siete centímetros (26.67), con propiedad que fue de César Falla y es hoy de la señorita Carmenza Rocha Castilla; por el Oriente, en una extensión de veinticuatro metros cuarenta y dos centímetros (24.42 mts.) con propiedad de la señorita María Elena Carvajal Sicard; y en extensión de veintiún metros cincuenta y cinco centímetros (21.55 mts.) aproximadamente, con propiedad que fue del señor Luis Felipe Mejía Arango y propiedad del señor Zacarías Caicedo; y por el Occidente, en extensión de cuarenta y cinco metros con setenta centímetros (45.70 mts.) aproximadamente, con propiedad del señor Gustavo Cano, antes de los herederos de la señora Silvestre Galindo". Expresan las vendedoras que el inmueble enajenado lo adquirieron de conformidad con las escrituras 3528 de 10 de diciembre de 1937 y 1512 de 7 de octubre de 1948, otorgadas en las Notarías Segunda de Bogotá y Primera de Ibagué, respectivamente.

El litigio

El libelo repartido al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, Hernán, Plinio, Gustavo y Aída Torres B. demandaron a Elvira e Isabel Carvajal Sicard a intento de que se declarase que aquéllas son dueñas del inmueble que compraron a María Elena Carvajal mediante la escritura 448 de 4 de marzo de 1944, otorgada en la Notaría Segunda de esa ciudad, y se condenase, en consecuencia, a las demandadas a restituírselo con los frutos percibidos y los que los demandantes hubieran podido percibir a partir del 11 de junio de 1970.

En la causa petendi de la demanda, luego de relacionar la respectiva cadena de títulos de acuerdo con lo expresado en los

numerales 1º, 2º y 3º de los antecedentes de este negocio, se hacen las siguientes afirmaciones:

a) El registro del título de la parte actora se halla vigente, y los anteriores fueron cancelados de acuerdo con el artículo 789 del C. C.

b) María Elena Carvajal, quien después de la venta hecha a los demandantes continuó ocupando el inmueble como arrendataria de éstos, subarrendó parte del mismo a las demandadas, las que el 11 de junio de 1970, después de muerta María Elena, desconocieron el derecho de aquéllos, pues "cuando la cuidandera fue a entrar a la casa... encontró el portón trancado por dentro y le prohibieron la entrada".

c) Elvira e Isabel Carvajal Sicard "comenzaron a poseer el bien objeto de este libelo... desde el día 30 de junio de 1956 en calidad de arrendatarias, y a partir del 11 de junio de 1970 tomaron posesión de la totalidad del bien ... reputándose dueñas sin serlo como quiera que derivan su título de quien no era dueño".

d) Las demandadas, "desde mucho antes del año de 1952 venían reconociendo como verdadera dueña del bien indicado en el hecho 1º a María Elena Carvajal, y fue ésta quien hizo tradición del bien en forma legal" a los demandantes.

e) Las demandadas son poseedoras de mala fe y están en incapacidad legal de ganar por prescripción el dominio del inmueble que se reivindica.

Al contestar la demanda negaron las demandadas la casi totalidad de los hechos en que aquélla se apoya, y manifestaron que se oponían a la pretensión aducida "por la obvia, elemental y potísima razón de que (ellas) podrían resultar así auténticas, legales y genuinas dueñas del inmueble sin identificar antes de este caso y en consecuencia tienen derecho a que la posesión que resultare sobre los predios una vez ya localizados, sea considerada como de buena fe", y porque en la actualidad se halla vigente el título que tienen sobre los bienes materia de este pleito, según las escrituras 250 de 2 de septiembre de 1895, otorgada en la Notaría de Ibagué, por medio de la cual Carlos Carvajal vendió tales bienes a Isabel Sicard, y 3528 de 10 de diciembre de 1937, de la Notaría Segunda de Bogotá, mediante la cual "Isabel Sicard de Carvajal, personalmente y como mandataria de su marido Carlos Carvajal, vende los expresados bienes a Elvira, Isabel y Carlos Carvajal Sicard". En escrito presentado posteriormente propusieron la excepción de prescripción.

Trabada en esta forma la controversia, el juzgado la desató en sentencia de 13 de septiembre de 1971, declarando no probada la referida excepción de prescripción y acogiendo en su totalidad las pretensiones de los demandantes. Apelada esta providencia por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la de 28 de enero último, la revocó, y en su lugar absolvió a las demandadas de los cargos que les fueron formulados, con costas a cargo de la parte demandante, la que interpuso contra ese fallo el recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de afirmar que la acción ejercitada en la demanda es la reivindicatoria que consagra el artículo 946 del C. C., y de reiterar que son cuatro los elementos axiológicos de la misma: cosa singular reivindicable, dominio en el demandante, posesión en el demandado e identidad entre lo que es objeto del dominio y de la posesión, procede el Tribunal a examinarlos separadamente a fin de establecer si concurren en el caso sub-lite, o no.

Tocante con el de la singularidad dice que basta leer la petición primera de la demanda para admitir que se cumple, puesto que se reivindica un inmueble debidamente determinado por su ubicación y linderos.

Al estudiar el cargo segundo —derecho de dominio en el demandante—, observa el sentenciador que "lo más frecuente en este tipo de juicios es el enfrentamiento entre el poseedor material y el que exhibe un título o entre este último y un poseedor material que también posee un título pero derivado de otra fuente"; y que en el presente caso, lo que es poco común, se enfrentan dos partes que esgrimen títulos que tienen un mismo origen. Para confirmar su aserto relaciona separadamente los presen-

tados con la demanda y con la contestación de la misma, y al confrontarlos llega a la conclusión de que asiste a las demandadas mejor derecho que a los demandantes respecto del bien que se reivindica, con base en los siguientes razonamientos:

"Por las escrituras 250 de 1895 y 374 de 1922, registradas en 1895 y 1922, respectivamente, Carlos Carvajal N. vende a personas diferentes los mismos bienes. Entonces, cumplida la tradición por el registro de la escritura de 1895, es claro que el dominio se trasladó de Carlos Carvajal N. a Isabel Sicard, quien figura como compradora en esa escritura, por mandato de los artículos 740 y 756 del C. C. y consecuentemente la segunda venta lo era de cosa ajena.

"En estas condiciones es claro que las demandadas habiendo adquirido por la escritura 3528 de 10 de diciembre de 1937, de la Notaría Segunda de Bogotá, registrada el 10 de enero de 1938 en la oficina de Registro de esta ciudad, de quien era a la sazón verdadera dueña, no pueden verse perjudicadas por la titulación proveniente de la escritura de 1922, pues por esa época Carlos Carvajal N. ya no era dueño de lo que vendía y no habiendo dato de que con posterioridad hubiera adquirido lo que vendió sin ser suyo, esa venta no queda convalidada y ante lo reglado por los artículos 752 y 1871 del C. C., su derecho permanece inalterable.

"Secuela es de lo anterior, que deviniendo el título de los demandantes, en últimas, de quien no era verus domini de la cosa demandada, su derecho de propiedad no se encuentra demostrado y por lo mismo su demanda debe desestimarse, por haber fallado una de las condiciones axiológicas de la acción reivindicatoria".

La demanda de casación

De los dos cargos que con fundamento en la causal primera se formulan a la sentencia del Tribunal, encuentra la Corte que está llamado a prosperar el propuesto en primer término, y, en consecuencia, contrae a él su estudio.

Cargo primero

Denúnciase en él "falta de aplicación de los artículos 946, 947, 950 y 951 del C. C., e indebida aplicación de los artículos 740, 756, 1871 y 1873 del mismo Código, violaciones producidas a consecuencia de errores de hecho manifiestos cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas".

A intento de fundar su acusación, expresa el censor:

"Según se ve de la sentencia acusada, el Tribunal absolvió a la parte demandada con base en que ésta había invocado un título de mejor calidad que el de la parte actora. El escueto razonamiento que el Tribunal hace a ese respecto, se traduce a la postre en que halló establecido en autos que el bien reivindicado había sido vendido por Carlos Carvajal, separadamente, primero a Isabel Sicard, y posteriormente a Pioquinto Rengifo, y que en tales circunstancias tenían qué prevalecer la venta y tradición más antiguas, y desde luego la titulación encadenada a éstas, o sea en el presente caso la que culminó en el título aducido por las demandadas. De esta suerte, aunque sin citarlo expresamente, el Tribunal, le dio aplicación, indudablemente, al Art. 1873 del C. C.

"Mas semejante razonamiento supone una premisa ineludible para poder ser aceptado: la existencia de la prueba adecuada que acredite evidentemente que el bien objeto de la doble venta sea uno mismo. Sin la previa satisfacción de este presupuesto de hecho, es lógicamente imposible subsumir la cuestión litigiosa dentro de la norma del artículo 1873 del C. Civil.

"En el presente caso se estableció sin lugar a la menor duda que el bien reivindicado es el mismo a que se refieren los títulos en que la parte actora funda sus pretensiones de dominio. Pero brilla por su ausencia, ostensiblemente, toda demostración acerca de que sea a ese mismo bien al que precisamente se refiera el título invocado por la parte demandada, ésto es, la escritura 3528 de 10 de diciembre de 1937, de la Notaría 2ª de Bogotá. No se ve, entonces, cómo pudo el Tribunal despejar esa cuestión prioritaria, y decir, como dogmáticamente dijo, sin invocar apoyo probatorio alguno, lo que por lo demás no podía hacer por no haberlo, que por aludida escritura 'Doña Isabel Sicard de Carvajal... da en venta

real a sus hijos Elvira, Isabel y Carlos Carvajal Sicard el bien inmueble de que habla la demanda'. (He subrayado).

"Si bien la parte demandada intentó demostrar la identidad que se echa de menos, como se deduce de la inspección ocular que en asocio de peritos solicitó que se practicara bajo el literal B) de su memorial de pruebas (cuaderno Nº 3, Fls. 1º v.), lo cierto es que la prueba dejó de practicarse por descuido de la parte interesada, según resulta de la constancia de Secretaría visible a Fls. 12 v. del mismo cuaderno citado. Es de notar, por otra parte, que los linderos que figuran en las dos cadenas de títulos son diferentes, y que éstos no arrojan datos que permitan deducir la identidad necesaria".

Con base en estos razonamientos concluye el impugnante que el Tribunal "incurrió en ostensible error de hecho al haber tenido como existente en los autos la prueba de que el inmueble reivindicado y a que se refieren los títulos de la parte actora, sea exactamente el mismo a que se refiere la escritura 3528 traída como título a su favor por la parte demandada", y que por causa de ese yerro aplicó indebidamente los artículos 740, 756 y 1871 del C. C., que cita en apoyo de su decisión, y el 1873 del mismo estatuto que aplicó sin citarlo expresamente.

"Sin ese error de hecho —agrega—, que lo condujo a la aplicación indebida de las normas que acabo de citar, seguramente el Tribunal le habría dado aplicación, en vez de omitirla, a los artículos 946, 947, 950 y 951 del C. Civil, y habría por lo tanto decidido el pleito en favor de la parte actora, que demostró todos los hechos constitutivos de la acción reivindicatoria que ejercitó en la demanda".

Se considera

1. Si el error de hecho que puede ser alegado como punto de partida de un cargo en casación por la causal primera tiene lugar, entre otros casos, cuando el sentenciador da por existente un hecho sin que obre en el proceso prueba del mismo, no puede remitirse a duda que en el sub-lite incidió el Tribunal en manifiesto error fáctico al dar por establecida la identidad del bien que se reivindica con el que adquirieron las demandas mediante la escritura 3528 memorada, sin que en el expediente haya prueba de ese hecho. Prueba tanto más necesaria, cuanto que la distinta alindación de uno y otro hace suponer necesariamente que se trata de inmuebles diferentes.

2. Dejóse visto, en efecto, al relatar los antecedentes del litigio, que el inmueble que los demandantes adquirieron de María Elena Carvajal, cuya reivindicación pretenden se halla alindado así: por el Norte, calle de por medio, con casa del doctor José Caicedo Leiva; por el Occidente con casa y solar de la señora Isabel Sicard de Carvajal; por el Sur, con solar de la señora Isabel Guzmán; y por el Oriente con casa y solar del señor Francisco Hoyos". En tanto que el que adquirieron las demandadas mediante la escritura 3528 precitada se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos: "por el Norte, calle de por medio, con la escuela pública de niñas y casa del señor Vitelio Sendoya; por el Oriente, con casa y solar del señor Marco J. Ramírez y casa y solar del señor Luis J. Mejía, separado por pared medianera por el Sur, con casa y solar del señor César Falla; y por el Occidente, con casa y solar de los herederos de la señora Silvestre Galindo".

3. La total discrepancia entre los linderos que determinan esos dos inmuebles y la absoluta falta de prueba acerca de su identidad, llevaron al juzgado de primera instancia a expresar: "De los títulos presentados por la parte demandada no es posible deducir que ellos se refieren al mismo inmueble adquirido por los demandantes, para confrontarlos con los de éstos. Ni siquiera han alegado identidad... Ausente del debate ha estado la definición de la parte demandada sobre si los títulos escriturarios traídos con la contestación de la demanda abarcan el inmueble cuyo dominio le disputa la parte actora".

4. Es ostensible el error de hecho en que incurrió el Tribunal al afirmar que mediante la escritura 3528 mencionada Isabel Sicard Carvajal dio "en venta real a sus hijos Elvira, Isabel y Carlos Carvajal Sicard, el bien inmueble de que habla la demanda" (se subraya), sin que, repítese, existiera prueba de su identidad, lo llevó a rechazar la pretensión reivindicatoria de los deman-

dantes, con violación de los preceptos señalados en el cargo que se estudia, por el concepto en él indicado.

Al casar, por tal motivo la sentencia impugnada, procede la Corte a dictar la que debe sustituirla.

Sentencia de reemplazo

De los elementos estructurales de la pretensión reivindicatoria aducida en la demanda incoativa del proceso, es palmario que se cumple satisfactoriamente el primero —cosa singular reivindicable puesto que aquélla recae sobre un bien inmueble, debidamente determinado por su ubicación y linderos.

Tocante con el segundo —dominio en el demandante—, cabe observar que aunque el Tribunal situó la especie litigada en la hipótesis del poseedor que a los títulos del reivindicante enfrenta otros derivados de la misma fuente, es lo cierto que la situación fáctica evidenciada en el proceso no se subsume en esa hipótesis por las siguientes razones: a) Porque se ignora si el inmueble que Carlos Carvajal N. vendió a Isabel Sicard de Carvajal por medio de la escritura 250 del 2 de septiembre de 1895, pasada ante el Notario de Ibagué, es el mismo que aquél adquirió por compra a Jesús Guzmán Ochoa según la escritura 223 de 19 de agosto de ese mismo año, puesto que no obra en el proceso copia de ese instrumento, y la afirmación que hace el vendedor Carvajal de ser el mismo no prueba que en realidad lo sea; b) Porque, según se vio al despachar el cargo que en casación se formuló a la sentencia del Tribunal, no se estableció la identidad del bien cuya reivindicación se pretende con el determinado en los títulos aducidos por las demandadas, y c) Porque habiendo vendido las demandadas a Arcesio González Mejía, María Galindo de González el inmueble que adquirieron de Isabel Sicard de Carvajal, como aparece de la escritura 197 de 14 de febrero de 1952, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué, debidamente registrada, no pueden ellas invocar este título como demostrativo de su derecho de dominio, desde luego que la inscripción que había sido hecha a su favor fue cancelada por virtud de esa venta.

Resulta, por lo dicho, improcedente la aplicación al caso sub-lite del artículo 1873 del C. C., puesto que este precepto contempla la hipótesis de que "alguien vende separadamente una misma cosa (se subraya) a dos personas", y procesalmente no se halla evidenciado que el inmueble que Carlos Carvajal N. vendió a Pioquinto Rengifo por la escritura 374 del 11 de noviembre de 1922 sea el mismo cuyo dominio transfirió aquél a Isabel Sicard N. por la 250 del 2 de septiembre de 1895.

Trátase entonces del caso del reivindicante con título frente a poseedor que carece de él, razón por la cual precisa establecer si dicho título es anterior a la posesión de las demandadas o no, pues sólo en el evento de que lo fuera podría acogerse la pretensión de los demandantes. La elucidación de este punto exige, como es obvio, examinar previamente el tercero de los elementos axiológicos de esa pretensión, la posesión material de las demandadas, y, en consecuencia, a ello se procede.

Hállase plenamente acreditado en el proceso el hecho de que las demandadas poseen materialmente el inmueble que se reivindica, con la manifestación que a ese respecto hicieron ellas en la diligencia de inspección judicial practicada en primera instancia, y con la alegación, por parte de las mismas, de la excepción de prescripción adquisitiva. En el acta de la citada diligencia, en efecto, se dice que "al ser interrogadas las señoritas Elvira e Isabel Carvajal Sicard, referente al hecho de la posesión del inmueble objeto de la diligencia en el cual se encontraron, manifestaron que ellas han vivido aquí toda la vida". (Se subraya). Y en el escrito que obra el folio 51 del cuaderno 1º expresó su apoderado: "Propongo la excepción perentoria de prescripción a favor de mis mandantes Elvira e Isabel Carvajal Sicard, sobre la propiedad del inmueble a que aludimos nosotros fundándome en los hechos, tales como el resane y pintura de paredes, reparación de los techos, arreglos en las dependencias de la cocina y baño, etc., que sin reconocer dominio ajeno (se subraya) allí han efectuado mis dichas porderdantes, conforme lo declaran en este negocio muy claramente, Roberto Vélez, Alfonso Caicedo, Sofía D. de Alva-

rez, Mercedes de Sánchez y Mariano Guarín, quienes entre otras cosas hablan acerca de la continua e ininterrumpida ejecución de tales actos de dominio en cuestión". Por sabido se tiene que la alegación hecha por el apoderado de una prescripción adquisitiva, como excepción, "dentro de un proceso reivindicatorio de cuerpo cierto, conlleva el reconocimiento de tres de los elementos de la acción de dominio: posesión en el demandado, singularidad e identidad de la cosa". (XCV, 443).

En el libelo introductorio del proceso se afirma que las demandadas entraron a poseer el inmueble cuya reivindicación se pretende, el 11 de junio de 1970, y con el fin de desvirtuar la presunción de señorío que en favor de ellas establece el artículo 762 del C. C., presentaron los demandantes como título próximo de su dominio sobre dicho inmueble la escritura 448 del 4 de marzo de 1954, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué, por medio de la cual lo adquirieron por compra hecha a María Elena Carvajal. En tales condiciones, incumbía a las demandadas demostrar fehacientemente que su posesión se inició con anterioridad a esta fecha, si querían impedir el acogimiento de la pretensión reivindicatoria, pues, según doctrina reiterada de la Corte, "mientras el demandado no afirme y pruebe que su posesión se inició antes que la de la actora, el título de ésta prevalece, porque tiene una fecha cierta, desde la cual se cuentan sus efectos; la posesión indeterminada en el tiempo, no puede producirlos contra el acto que si se ha precisado". (XCII, 466). "Al actor le basta haber afirmado el hecho de la posesión por parte del demandado en la fecha de la demanda, puesto que con ello se cumple el precepto que ordena dirigir la acción contra el actual poseedor; y a éste le concierne determinar el tiempo de su posesión". (XCII, 926).

Afirman las demandadas (C. 3, Fl. 1 vto. y 2) que han venido poseyendo el inmueble en cuestión desde fines de 1937, y con el propósito de establecer ese hecho adujeron los testimonios de Julio Martínez, Roberto Vélez Alzate, Alfonso Caicedo Buenaventura, Sofía Didyme de Alvarez, Mercedes de Sánchez y Mariano Guarín Soto. Acontece, empero, que de tales testigos, Vélez Alzate y Mercedes de Sánchez no dicen cuándo comenzaron las demandadas a poseer el inmueble. Julio Martínez afirma que Isabel, Elvira y María Elena han residido en él desde 1935, y que conoció a las dos primeras "como si ellas fueran las propietarias", mas sin dar razón alguna de su dicho. Alfonso Caicedo manifiesta que conoció la citada casa "por cuanto en ella vivían doña Isabel Sicard de Carvajal, su esposo Carlos Carvajal N., sus dos hijos y sus tres hijas"; que Isabel y Elvira han vivido en la casa desde antes de 1940, como si fueran dueñas, pues hacían "todo lo que hace una persona cuando es dueña de una propiedad"; y que en una pieza aparte vivía María Elena. No explica el testigo, sin embargo, cómo estando viviendo las demandadas en la casa con su padre Carlos Carvajal, quien era el dueño de la misma según la escritura 374 del 11 de noviembre de 1922, se convirtieron luego en poseedoras. Otro tanto sucede con el testimonio de Sofía de Alvarez, quien en forma contradictoria dice que Elvira e Isabel vivieron en la casa de que se trata desde 1930, "como dueñas", primero con el papá y la mamá, que la mamá era la dueña o sea la señora Isabel Sicard de Carvajal, y en el año de 1937 les hizo la escritura a ellas dos y al hijo Carlos Carvajal Sicard, quedando en esta forma como dueños". A lo cual cabe agregar que, según se dejó visto, el inmueble que Isabel Sicard de Carvajal vendió a Elvira, Isabel y Carlos mediante la escritura 3528 del 10 de diciembre de 1937, es distinto del que se reivindica. Finalmente, Mariano Guarín expresa que desde hace treinta años Elvira e Isabel han vivido como dueñas de la mencionada casa, porque ellas son las que han hecho todos los arreglos para poderla habitar, pero sin decir cómo tuvo conocimiento de ello.

Además de las deficiencias intrínsecas de tales testimonios, que por sí solas les restan fuerza probatoria para establecer la posesión de las demandadas con antelación al 4 de marzo de 1954, consistentes en su falta de responsividad y de exactitud, destácase la circunstancia de hallarse contradichos por otros elementos de prueba, provenientes de las propias demandadas, como son el

contrato de arrendamiento de que da cuenta el documento que obra al folio 2 del cuaderno 2º, la declaración hecha por aquéllas en la escritura 197 del 14 de febrero de 1952, y la carta de 6 de mayo de 1970, visible al folio 1º del cuaderno 2º.

Mediante el documento precitado, suscrito en Ibagué el 30 de julio de 1956, en efecto, María Elena Carvajal Sicard, quien en el contrato se denomina "La propietaria", dio en arrendamiento a Elvira Carvajal Sicard "un apartamento de propiedad de la primera ubicado en la carrera 3ª Nº 7-80 de la actual nomenclatura", por el término de un año. Y tanto de la inspección judicial como del dictamen pericial practicados en la primera instancia, aparece que el apartamento o alcoba distinguido con el número 7-80 de la carrera 3ª de Ibagué forma parte del inmueble que se reivindica. Lo cual significa que en la fecha del citado documento, 30 de julio de 1956, la demandada Elvira Carvajal Sicard, bajo su firma, reconoció que María Elena era dueña del inmueble de que formaba parte el apartamento en cuestión, y, consecuencialmente, que por haber reconocido dominio ajeno sobre el mismo carecía de la calidad de poseedora.

En la memorada escritura 197, por medio de la cual las dos demandadas vendieron a Arcesio González Mejía y otra el inmueble marcado con el número 7-58 de la carrera 3ª de Ibagué, expresaron aquéllas que dicho inmueble linda por el oriente "con propiedad de la señorita María Elena Carvajal Sicard". Y esa "propiedad" es precisamente la que se reivindica, distinguida con los números 7-70, 7-78 y 7-80 de la misma carrera 3ª, que María Elena adquirió por compra hecha a Pioquinto Rengifo el 29 de julio de 1922, y que luego vendió a los demandantes por escritura 448 de 4 de marzo de 1954. Así se estableció en la diligencia de inspección judicial practicada en este proceso, en la que al identificar el inmueble ocupado por las demandadas se dice que linda "por el Occidente, con la casa Nº 7-58 de propiedad de Arcesio González Mejía", y así aparece en la escritura 448, al expresarse en ella que la casa que María Elena Carvajal vende a los demandantes, señalada con los números 7-70 a 7-80 de la carrera 3ª de Ibagué, linda "por el Occidente con casa y solar del señor Arcesio González", o sea la que éste compró a Elvira e Isabel Carvajal Sicard. Tiénese, por tanto, que en el mencionado instrumento, otorgado el 14 de febrero de 1952, las demandadas reconocieron que el inmueble materia de la reivindicación era de propiedad de María Elena Carvajal.

Finalmente, el 6 de mayo de 1970, las dos demandadas dirigieron a María B. de Torres la carta que obra al folio 1º del cuaderno 2º, que en lo pertinente reza: "Estimada Maruja: Me permito poner en tu conocimiento que la casa que habitamos, y la cual escrituró María Elena a tus hijos Hernán, Plinio, Gustavo y Aída, por derecho legal, moral y material nos corresponde a nosotras. Como te lo manifesté en varias ocasiones propuse que me vendieran una faja de cuatro metros (se subraya), pero el Plan Regulador no permite edificar sino de seis (6.00) mts. en adelante, y ya no serán vendidos puesto que nosotras tenemos escrituras de todo el lote, cosa que María Elena sabía. Para arreglar amigablemente el asunto queremos que un abogado, el que elijas, nos dé la solución. Atentamente (Firmado) Elvira Carvajal Sicard. Isabel Carvajal Sicard".

Si, como expresa en la carta, las demandadas propusieron que les vendieran cuatro metros de la casa que los demandantes adquirieron de María Elena, ese hecho indica palmariamente que no tenían el animus domini o animus rem sibi habendi propio del poseedor, pues sería absurdo que quien se reputa dueño de un inmueble proponga a otro que le venda una porción del mismo. Y es muy significativo el hecho de que las demandadas no afirmen categóricamente que les pertenece la casa que María Elena vendió a los demandantes, si se consideraban dueñas de la misma, sino que se hubieran limitado a decir que "por derecho legal, moral y material nos corresponde a nosotras".

Tiénese, entonces, de acuerdo con lo dicho, que si el 14 de diciembre de 1952 las demandadas reconocieron que el inmueble cuya reivindicación pretenden los demandantes era de propiedad de María Elena Carvajal, de la cual lo hubieron aquéllos;

que si el 30 de julio de 1956 Elvira Carvajal Sicard reconoció dominio ajeno sobre el mismo bien, al suscribir con María Elena el contrato de arrendamiento de que se hizo mérito; y que si el 6 de mayo de 1970 reiteraron su falta de señorío sobre el citado inmueble, al expresar en carta dirigida a la madre de los demandantes que en varias ocasiones propusieron que les vendiera una faja del mismo, por fuerza hay que concluir que la posesión de las demandadas no es anterior al título de adquisición de los demandantes, de fecha 4 de marzo de 1954, ya que con posterioridad a ésta, las demandadas reconocieron sobre el inmueble en cuestión dominio ajeno. Y por si ésto fuera poco, adjuntaron aquéllos el título de propiedad de su antecesora, es a saber la escritura 581 de 29 de julio de 1927, pasada ante el Notario Segundo de Ibagué, con lo cual queda plenamente demostrado que los títulos que acreditan el dominio de los demandantes sobre el bien que reivindican son en mucho anteriores a la posesión de las demandadas.

Y por lo que atañe al último de los elementos que estructuran la pretensión reivindicatoria —identidad del bien de que son dueños los demandantes con el que poseen las demandadas—, cabe notar que se halla cabalmente establecido en el proceso, con la declaración que hicieron éstas en la diligencia de inspección judicial de estar en posesión del inmueble que se reivindica; con la alegación por parte de su apoderado de la excepción de prescripción adquisitiva; con el acta de la referida inspección judicial, y con el dictamen pericial producido en primera instancia. El hecho de que en el acta y dictamen precitados no se hubiera expresado el nombre del dueño del predio colindante por el costado sur no afecta la identidad del bien, pues ésta quedó plenamente demostrada con la declaración de ser poseedoras y con la excepción de prescripción adquisitiva mencionadas, y porque en el dictamen de los peritos se determinan con precisión, en metros y en varas, la longitud y la latitud del inmueble materia de la inspección.

Debe, por tanto, acogerse las peticiones primera y segunda de la demanda.

En cuanto a la tercera, referente al pago de frutos, observa la Corte que el a-quo reputó a las demandadas poseedoras de buena fe, al condenarlas a pagarlos a partir del 26 de marzo de 1971, fecha de la contestación de la demanda; y como los demandantes no apelaron de esa decisión, no puede agravarse la condición de las demandadas, considerándoselas de mala fe, puesto que se incurriría en una **reformatio in pejus** que la ley prohibe. De consiguiente, ha de mantenerse en el punto lo resuelto por el juez.

En fin, tocante con la excepción de prescripción adquisitiva alegada por las demandadas, cabe observar que no expresaron éstas si se acogían a la ordinaria o a la extraordinaria. Pero como no adujeron título de propiedad sobre el inmueble que poseen, hay que entender que invocan la extraordinaria, que no requiere título (C. C. Art. 2531). Sobre esta base y teniendo en cuenta que la disposición citada exige, para que exista aquélla, "que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (veinte hoy día según el Art. 1º de la Ley 50 de 1936), se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción", hay que concluir que la citada excepción no puede prosperar por cuanto, según se vio, en los veinte años anteriores al 16 de marzo de 1971, fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, las demandadas reconocieron el dominio de los demandantes y de la antecesora de éstos sobre el inmueble que poseen.

Síguese de lo dicho que el fallo de primer grado debe confirmarse en su totalidad.

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, CASA la sentencia de veintiocho (28) de enero del año en curso, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, y en su lugar, como juzgador de instancia, CONFIRMA la de primer grado pronunciada por el Juzgado Cuarto Civil

del Circuito de Ibagué el trece (13) de septiembre de mil novecientos setenta y uno (1971).

Condénase a las demandadas en las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.



RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA

Falsedad de documento. — Su prueba. — Incongruencia.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que el curador de la herencia yacente del Presbítero Constantino Villamizar Gamboa, parte demandada, interpuso contra la sentencia de 16 de noviembre de 1971, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso ordinario que los herederos de Esther Blanco v. de Guerrero o Galavis promovieron contra aquél.

I

El litigio

1. Ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bucaramanga y obrando en su calidad de herederos de Esther Blanco viuda de Guerrero, María Isidra Blanco de Yáñez, Victoria Blanco vda. de Páez y Jesús Galavis o Guerrero, demandaron, en proceso ordinario, a Julio Escalante Valenzuela en su condición de curador de la herencia yacente del presbítero Constantino Villamizar Gamboa, para que se declarase que éste, por no haber pagado oportunamente el precio estipulado, incumplió las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato de compraventa que recoge la escritura Nº 2497 pasada, el 23 de julio de 1968, ante el Notario 3º de Bucaramanga, por medio de la cual Esther Blanco viuda de Guerrero o Galavis dijo vender a aquél la finca rural denominada Vega Grande o Vega de Masaviel, situada en término del Municipio de Suratá y alindada como se dice en la demanda introductoria del proceso; para que se decretase, entonces, la resolución de ese contrato y la restitución consecuencial del inmueble que fue materia de la convención, con sus frutos correspondientes, y finalmente para que el demandado fuese condenado a indemnizar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, y las costas judiciales.

2. La causa petendi se hizo consistir en que Esther Blanco viuda de Guerrero o Galavis y el presbítero Constantino Villamizar Gamboa, por medio de la escritura Nº 2497 precitada ajustaron el contrato de compraventa aludido; que el precio estipulado fue el de $ 183.000.00, de los cuales éste abonó $ 23.000.00 y quedó debiendo $ 160.000.00 para pagarlos, sin intereses, de a $ 20.000.00 anuales, a partir del 19 de julio de 1968. Que el comprador, Constantino Villamizar Gamboa, falleció el 11 de julio de 1969 y el 22 siguiente, después de ser declarada yacente su herencia, se discernió el cargo de curador de la misma a Julio Escalante Valenzuela; que para entonces, desde el 12 de noviembre de 1968, ya había fallecido la vendedora, cuyos herederos, reconocidos judicialmente, son los demandantes; que la anualidad de $ 20.000.00 que debía cancelarse el 19 de julio de 1969 no ha sido pagada "a pesar de haberse requerido al curador de la herencia yacente con tal fin", ni se ha cubierto el saldo de los $ 160.000.00 que debían pagarse a plazos; que desde la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa, el comprador y luego "sus herederos" vienen disfrutando del inmueble objeto de aquélla; que el incumplimiento de ese contrato ha causado perjuicios a los demandantes.

3. Notificado el auto admisorio de la demanda al curador de la herencia yacente,

le dio contestación a ésta aceptando unos hechos y manifestando no constarle los atinentes al incumplimiento alegado. Formuló, además, demanda de reconvención en que pide se declare que, por cuanto el presbítero Constantino Villamizar pagó los $ 160.000.00, resto del precio, no existe ya, por ese concepto, condición resolutoria en el contrato de compraventa a que hace alusión la precitada escritura Nº 497, "y que el documento privado suscrito por el Padre Villamizar, para responder del pago del saldo insoluto, ha quedado sin ningún valor", por todo lo cual se debe oficiar al notario respectivo para que se extienda escritura de cancelación de la apuntada cláusula resolutoria. Fundóse la causa para pedir en que, del precio de la compraventa, se pagaron de contado $ 23.000.00 y los $ 160.000.00 restantes "se aseguraron en documento privado" que, separadamente de la escritura pública, aceptó el comprador, y en que éste, posteriormente y como aparece del recibo que le otorgó la vendedora, le pagó la totalidad de los $ 160.000.00 referidos.

Los reconvenidos se opusieron a la demanda de mutua petición y tacharon de falso el recibo apuntado.

4. La primera instancia terminó con fallo que dispuso:

"1º Declarar resuelto el contrato de compraventa celebrado por doña Esther Blanco viuda de Guerrero o Galavis y el Presbítero Constantino Villamizar Gamboa, contenido en la escritura pública Nº 2497 de 23 de julio de 1968 otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Bucaramanga.

"2º Como consecuencia de lo anterior, ordénase la restitución del inmueble descrito en la demanda a los demandantes dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

"3º Líbrense las comunicaciones del caso a las oficinas respectivas.

"4º No se ordena el pago de perjuicios y frutos pues no hubo comprobación en el proceso.

"5º Declárase no probada la excepción perentoria de pago propuesta por la parte demandada por los razonamientos hechos en la parte motiva de esta providencia".

Contra esta decisión el curador de la herencia yacente interpuso el recurso de alzada. El Tribunal Superior, al desatarlo, confirmó la sentencia recurrida.

III

Fundamentos del fallo del ad-quem

1. Tras de relacionar la materia del litigio y de recordar cómo culminó la primera instancia, el Tribunal irrumpe en el estudio de la prueba para concluir que con la copia debidamente registrada de la escritura Nº 2497 predicha, está demostrado el contrato de compraventa que celebraron Esther Blanco viuda de Guerrero y el Presbítero Constantino Villamizar Gamboa; que el precio fue de $ 183.000.00, de los cuales según reza la cláusula tercera, la vendedora declaró haber recibido $ 23.000.00; que los $ 160.000.00 restantes debía pagarlos el comprador, sin intereses, en ocho anualidades de $ 20.000.00 cada una, la primera de las cuales debía ser satisfecha el 19 de julio de 1969, "deuda que se garantizó con documento privado y en forma separada"; y que el certificado del registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obra a folios 4 y 5, acredita que no se ha cancelado la condición resolutoria que emana de la forma en que debía pagarse el precio de la compraventa.

Observa luego el ad-quem que la parte demandada fundó no sólo su demanda de mutua petición, sino la excepción perentoria de pago, en el recibo que dijo suscrito por la vendedora Esther Blanco viuda de Guerrero, que adujo y cuyo tenor es el siguiente:

"Recibí del presbítero Constantino Villamizar la suma de ciento sesenta mil pesos moneda legal ($ 160.000.00) a buena cuenta del campo de La Vega de Masabiel (sic). Bucaramanga, septiembre 4 de 1968. Firmado Esther Blanco v. de Guerrero".

Después de analizar las declaraciones de los sacerdotes Andelfo Arias Delgado y Rubén Darío Ramírez, concluye el ad-quem que sus afirmaciones "le restan todo el mérito probatorio al recibo presentado en cuanto a la autenticidad de la firma que aparece en él como puesta por la señora Esther Blanco v. de Guerrero..." y agrega que como ese recibo fue tachado de falso

por el apoderado de los demandantes, "en realidad hay que tenerlo como tal, ya que se trata de un documento privado no auténtico".

Tal conclusión le presta, entonces, base para decidir que "la parte demandada no demostró la excepción de pago propuesta, ni los hechos en que fundamentó su contrademanda".

Termina el sentenciador diciendo que debe decretarse la resolución, pues está demostrado el incumplimiento del comprador.

III

La demanda de casación

Cinco cargos enfila el recurrente contra el fallo extractado, así: el primero por nulidad, que por razón lógica será examinado de preferencia; el segundo y el tercero, por violación de normas de derecho sustancial y los dos restantes por incongruencia.

Primer cargo

Denúnciase en él la nulidad del proceso "por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y del numeral 3º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil (causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil)".

Fúndase el cargo en que, presentado el documento privado por medio del cual aparecía que Esther Blanco viuda de Guerrero había recibido del comprador la suma de $ 160.000.00, saldo del precio, "el apoderado de la parte demandante negó la verdad y autenticidad del recibo; manifestó que la firma era falsa, y solicitó que se procediera de conformidad con el artículo 649 del Código Judicial"; que no se tramitó el incidente de falsedad a que esa norma se refería, por lo cual se pronunció sentencia de fondo estando pendiente la decisión de la tacha de falsedad, violando así el artículo 391 del Código Judicial, y el numeral 4º del artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte considera

1. Redargüido de falso un documento privado que no había sido reconocido, el objetante no tenía ni tiene el deber de comprobar su falsedad, pues tal escrito, por no ser auténtico, no estaba revestido de la presunción de autenticidad. Presentada la tacha, para que ese documento pudiera llegar a tener valor de prueba, correspondía a la parte aducente la carga de demostrar que era auténtico. Y si no se acreditaba ésto, el escrito quedaba desnudo de todo poder de convicción.

2. El documento así objetado, mientras no se probara su legitimidad, no podía tenerse como reconocido, por lo cual dejaba de gozar aún de la fuerza de prueba sumaria que a los otorgados ante dos testigos por lo menos, concedía el artículo 647 del Código Judicial.

Ahora bien, en tales circunstancias, la parte que había presentado el documento podía entrar a demostrar su autenticidad o guardar silencio frente a la tacha. En esta segunda hipótesis, que es la del caso litigado, tal proceder entrañaba una renuncia a demostrar la legitimidad del escrito redargüido de falso.

3. Frente a lo expuesto se tiene que no habiendo hecho gestión alguna el recurrente para demostrar la autenticidad dicha, ninguna lesión se le causa porque la tacha de falsedad no se hubiera decidido previamente a la sentencia, siendo que, además, en el evento contemplado no se requería tramitar incidente de falsedad, pues, se repite, el documento objetado no era por sí auténtico, ya que no era documento público ni privado reconocido.

4. De otro lado, adviértese que el hecho alegado como constitutivo de la causal de nulidad consagrada en el punto 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, aún en el caso de que efectivamente hubiera ocurrido, no encajaría en tal disposición, pues haber dejado de tramitar un incidente, de ninguna manera equivale a pretermitir íntegramente la respectiva instancia. Además, si el hecho denunciado efectivamente constituyera una irregularidad del proceso, comoquiera que el recurrente no reclamó de ella en la primera instancia, debe tenerse por saneada, como lo dispone in-fine el artículo precitado.

Por lo expuesto esta impugnación no prospera.

Cargos cuarto y quinto

Fúndase el primero de éstos en que, no obstante que en oportunidad se presentó demanda de mutua petición, "ni el juzgado de primera instancia ni la sentencia impugnada se pronunciaron sobre la contrademanda ya fuera para hacer las declaraciones o negarlas, pero ha debido pronunciarlas". Por modo que si no se resolvió sobre ninguna de las cuatro peticiones que se formularon por el reconveniente, se ha incurrido en la causal de inconsonancia que consagra el numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

El último de los ataques se hace consistir en que el fallo del ad-quem es incongruente comoquiera que, a pesar de que el Tribunal dio por demostrado que del precio acordado, que fue de $ 183.000.00, el comprador había pagado de contado la suma de $ 23.000.00, al decretar la resolución del contrato de compraventa y la consecuencial restitución de la finca rural que fue su objeto, no dispuso que el vendedor triunfante debía devolver al comprador vencido la cantidad que había recibido a buena cuenta del precio.

La Corte considera

1. Consagra el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil el principio de la congruencia que enseña que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que dicho Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

La falta de correspondencia fue erigida por el legislador como causal de casación en el número 2 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y según la doctrina jurisprudencial de la Corte, el fallo no guarda armonía con las pretensiones o las excepciones, sólo en los tres casos siguientes: cuando decide sobre temas no comprendidos en el marco de la relación procesal, evento en el cual existe lo que la doctrina denomina extra-petita; cuando sin salirse de los asuntos propios del debate, resuelve sobre más de lo pedido, hecho que constituye la plus petita; y, finalmente, cuando deja sin resolución materias que son objeto propio de la contienda, lo que se llama minima petita. Por ello no existe desarmonía en los casos en que la sentencia acoge todas las peticiones o las deniega todas, o cuando se declara probada una excepción que produzca este efecto. Por lo mismo, tampoco puede ofrecerse la inconsonancia cuando el sentenciador de segundo grado se inhibe de decidir el litigio por encontrar que no están satisfechos los presupuestos indispensables para proferir sentencia de mérito.

Es de advertir que el fallador no desborda los límites de su actividad jurisdiccional, cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado ex officio por la ley. En tal evento es su deber sentenciar sobre ese extremo, pues si guarda silencio, entonces sí se opera la incongruencia por haber dejado de resolver sobre puntos que, aunque no propuestos expresamente por los contrincantes, están ínsitos en las pretensiones o excepciones respectivas y que, por estar íntimamente vinculados con unas u otras, la ley quiere que el fallador decida en el mismo proceso, con el propósito de que, cumpliendo el principio de economía procesal, no sean materia de un nuevo litigio, que resulta superfluo a todas luces.

2. Y aunque en el artículo 304 ibídem dispónese que la parte resolutiva de las sentencias debe contener decisiones "expresas y claras sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones", es palmar que cuando el acogimiento de una pretensión envuelve necesariamente la repulsa de otra o de una excepción, ya porque sean incompatibles, ya porque en la parte motiva expresamente se expusieron los hechos que determinaban el rechazo, el silencio que sobre ello se advierta en la parte decisoria del fallo, no implica falta de resolución, pues en el punto resulta clara la decisión del fallador, aunque, en verdad, no sea expresa como lo impera la norma predicha.

3. Adviértese que frente a las doctrinas expuestas, el ataque por incongruencia que encierra el cargo cuarto carece totalmente de fundamento, pues como aparece del ex-

tracto que se hizo de la sentencia impugnada, el Tribunal expresamente dijo que como el recibo que se había presentado para acreditar el pago de los $ 160.000.00, resto del precio, carecía de todo mérito probatorio, "la parte demandada no demostró la excepción de pago propuesta, ni los hechos en que fundamentó su contrademanda". Tales conclusiones, aunque no estén incorporadas expresamente en la parte resolutiva de la sentencia, equivalen a declarar que no prospera la pretensión de la contrademanda que iba en pos de que se declarara la inexistencia de condición resolutoria por concepto del pago del precio, con base en que éste habría sido oportuna y totalmente cubierto por el comprador. De otro lado, como la sentencia expresamente acogió la pretensión de resolución del contrato por cuanto el comprador no pudo demostrar que había satisfecho su obligación de pagar el precio, tal acogimiento entraña tácito rechazo de la declaración contraria, la de que sí se pagó, que era el objetivo al cual se encaminaba la demanda de mutua petición.

Viene de lo anterior, como lógico desenlace, que el Tribunal sí resolvió las pretensiones del contrademandante, aunque adversamente, por lo que no existe la incongruencia alegada con ese fundamento.

4. No ocurre empero, lo mismo respecto al cargo de que el fallo es inconsonante en virtud de que el Tribunal, habiendo encontrado plena prueba de que el comprador abonó los primeros $ 23.000.00 del precio de la compraventa, no obstante, y a pesar de que declaró resuelta la convención y dispuso la restitución del inmueble objeto de ella, no ordenó que los demandantes, herederos de la vendedora, debían restituir la suma que, como parte del precio, declaró haber recibido ésta de contado y de manos del comprador vencido.

El artículo 1632 del Código Civil dispone en sus dos primeros incisos:

"La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas; y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad, si ninguna parte del precio se le hubiera pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

"El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio". **(Subrayas fuera del texto).**

5. Fluye de lo anterior que habiéndose decretado la resolución de la compraventa aludida que celebraron Esther Blanco viuda de G. y el presbítero Constantino Villamizar Gamboa, precisamente con base en que no se pagó el resto del precio ajustado, el Tribunal, en cumplimiento de lo ordenado en el segundo inciso del artículo antes transcrito y en vista de que halló acreditado que el vendedor había recibido $ 23.000.00 como parte del precio, debía haber mandado oficiosamente que tal suma fuera restituida al demandado.

Teniendo pues firme soporte el cargo de incongruencia por este aspecto de la censura, será necesario casar la sentencia del ad-quem para corregirla en el punto.

Ahora bien, como el ataque próspero contenido en el cargo quinto, sólo se dirige a desquiciar la sentencia en el preciso punto indicado, dejándola incólume en sus demás pronunciamientos, la Corte no queda relevada de estudiar los demás cargos.

Cargos segundo y tercero

En ambos denúnciase violación, por vía indirecta y por aplicación indebida, de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, a causa de "apreciación errónea de la escritura 2497".

1. En el primero de estos ataques se dice que en el instrumento público citado, expresamente se consignó que la deuda a cargo del comprador por el saldo del precio "se garantiza con documento privado" y que la vendedora declaró allí mismo que "aceptaba la deuda a su favor, la cual quedó garantizada con documento privado y en forma separada". Que según ésto, "la voluntad de los contratantes fue la de consignar en documento distinto a la escritura 2497, el título con el cual podían cobrar judicial o extrajudicialmente la suma de $ 160.000.00" y que "en ningún momento los contratantes acudirían a la escritura 2497, como a fuente de obligación pactada".

Concluye entonces el recurrente afirmando que la precitada escritura pública carecía de valor para probar la obligación insoluta y "no constituye título para la resolución del contrato de compraventa", pues "el demandante, para justificar su derecho, debía presentar el documento privado al cual se remite el texto de la escritura, y como no lo hizo, su derecho no quedó acreditado".

2. El otro de estos dos cargos, fúndase en que el Tribunal no apreció ni el recibo de pago por $ 160.000.00, suscrito por Esther Blanco viuda de Guerrero, ni las declaraciones de los sacerdotes Rubén Darío Ramírez y Andelfo Arias Delgado.

Manifiesta el recurrente que el Tribunal no vio que el recibo aludido "es un principio de prueba de pago de la obligación, prueba que se complementa con las declaraciones de los dos presbíteros Ramírez y Arias"; que además el ad-quem se contradice cuando expresa que las declaraciones de éstos merecen plena credibilidad y, no obstante, sólo les concede valor para concluir que no vieron firmar a la vendedora Esther Blanco y se lo niega respecto a las afirmaciones de que "consideran auténtica la firma del recibo"; que éste existía desde antes de fallecer el comprador, quien "ya había pagado la deuda de los $ 160.000.00". Concluye el censor diciendo que "no se explica porqué el Tribunal parcela la credibilidad de los dos sacerdotes"; que "si hubiera apreciado estas dos pruebas que se acaban de mencionar, hubiera reconocido la excepción de pago y, en consecuencia, no hubiera aplicado indebidamente el artículo 1546 del Código Civil".

Se considera

1. Adviértese a primera vista que el censor omite indicar si el quebranto denunciado en los cargos segundo y tercero se debió a errores de hecho o de derecho, deber que no podía eludir en virtud de la preceptiva técnica del recurso contenida en el inciso segundo del número 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y en el mismo del número 3 del artículo 374 ibídem.

2. No obstante, como el error que habría conducido al Tribunal a infringir los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, se hace consistir en que concedió valor de persuasión, que no tenía, a la escritura pública Nº 2497, síguese que el yerro denunciado en el cargo segundo es de derecho.

Tal circunstancia, ser el yerro de jure, imponía al recurrente señalar la norma de valoración probatoria que, con tal proceder, habría infringido el Tribunal. Consistiendo el error de derecho en un desatino en la aplicación de preceptos que regulan el valor probatorio, no sería posible a la Corte, que sólo puede moverse en el terreno que le delimite la demanda de casación, entrar a buscar oficiosamente cuál sería esa norma quebrantada. De consiguiente, no habiéndose precisado cuál era ella, queda la Corte sin el punto de referencia que le permitiera confrontar si efectivamente se concedió a la citada escritura un valor demostrativo de que carece.

Entonces, no estando bien formulado el cargo segundo, su improsperidad debe declararse.

2. En el tercer cargo, el error endilgado al Tribunal se hace consistir en que éste no apreció ni el recibo por el cual Esther Blanco vda. de Guerrero dijo haber recibido los $ 160.000.00, resto del precio, ni las declaraciones de los sacerdotes Arias y Ramírez.

Si el cargo tuviera como fundamento error de derecho, estaría condenado también al fracaso, pues tampoco se indicó en él la norma de valoración probatoria que fuera infringida y si se considerase que él se apoya en la comisión de error de hecho, se llegaría a la misma conclusión, pues el sentenciador ni dejó de ver las dos pruebas determinadas, a las que dedicó estudio preferencial en la sentencia, ni las supuso, puesto que obran en el proceso, ni les alteró su real contenido.

Además, como el Tribunal, para declarar que el tal recibo carecía de fuerza probatoria, se fundó no sólo en las declaraciones de los sacerdotes Arias y Ramírez, sino principalmente en el hecho de que había sido objetado o redargüido de falso, sin que la parte aducente hubiera probado su autenticidad, resulta intrascendente el ataque, aún en la hipótesis de que estuviera comprobado, pues siguiendo en pie el soporte fundamental del fallo, soporte no comba-

tido, él solo sería suficiente estribo de la sentencia.

Por lo expuesto, los dos cargos estudiados se rechazan.

IV

Sentencia sustitutiva

Lo dicho para concluir que prospera el quinto cargo sirve ahora de base a la sentencia sustitutiva. En efecto, apareciendo demostrado en el proceso que el comprador abonó inicialmente $ 23.000.00, y habiéndose decretado la resolución por no haberse pagado el resto del precio ajustado por las partes, debe darse aplicación a lo que ordena el artículo 1632 del Código Civil en su inciso segundo, concediendo derecho al comprador para que se le restituya la parte del precio que había pagado.

Como éste es el único aspecto en que la sentencia del Tribunal será modificada, su texto se reproducirá adicionándole lo atinente al cargo que se declaró próspero.

V

Resolución

Con base en 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 diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso que María Isidra Blanco de Yáñez, Victoria Blanco viuda de Páez y Jesús Galavis o Guerrero suscitaron frente al curador de la herencia yacente del presbítero Constantino Villamizar Gamboa, y en su lugar,

Resuelve

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juez Civil 3º Civil del Circuito de Bucaramanga, con la adición de que la parte demandante, el día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, restituirá a la demandada la suma de $ 23.000.00, con sus intereses legales, que como parte del precio, recibió de ésta la vendedora Esther Blanco viuda de G.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

CURADURIA

Guarda: tutelas y curadurías. Incapaces para ejercer la guarda. — Los actos ejecutados por guardador incapaz son nulos. — Prestaciones mutuas.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y por dos de los demandados contra la sentencia de 13 de septiembre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en el proceso ordinario del menor Próspero Gerardo Cardona S. contra Rubiela Suárez de Buitrago, Pedro Marín Zapata y la Sociedad "Mowerman Hermanos".

I

Antecedentes

A. Ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Armenia, el mencionado Próspero Gerardo Cardona Suárez demandó a Rubiela Suárez de Buitrago, Pedro Marín Zapata y a la sociedad "Mowerman Hermanos" en procura de las siguientes declaraciones:

"Primera: Declarar sin valor legal por ser un hecho prohibido por la ley el nombramiento de Rubiela Suárez de B. como curadora de bienes de su hijo menor Próspero Cardona Suárez, por la doble razón de inhabilidad proveniente del sexo y por haber contraído segundas nupcias con Gonzalo Buitrago V. con anterioridad al otorgamiento de la curaduría; que, en consecuencia se declare igualmente nula por carencia de capacidad legal de la parte peticionaria de esa licencia, como además por falta de citación y emplazamiento en forma legal del menor adulto Próspero Cardona Suárez, hijo de la demandada Rubiela Suárez de Buitrago, ya que no existe constancia sobre la citación y el emplazamiento obligados, por claras disposiciones, del menor adulto Próspero Cardona, la providencia de 29 de enero de 1959, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia.

"Segunda: Declarar sin valor legal alguno la licencia judicial solicitada por la señora Rubiela Suárez de Buitrago para enajenar un inmueble de propiedad del menor Próspero Cardona, providencia dictada por el Juzgado Primero Civil de ese circuito de Armenia con fecha 28 de abril de 1959 invalidez que proviene de la carencia de capacidad de la señora Rubiela Suárez para obrar a nombre de su hijo, y por falta de citación y emplazamiento de dicho menor a ese juicio, por medio de un representante legal nombrado por el juez.

"Tercera: Declarar igualmente nula, de nulidad absoluta, la diligencia de remate realizada ante el Juzgado Primero Civil de Armenia, por virtud y en desarrollo de la licencia judicial de que trata el postulado inmediatamente anterior y en la que figuran como rematadores los demandados Pedro Marín y la sociedad Mowerman Hnos. nulidad que también debe proferirse para el auto aprobatorio de dicha subasta de fecha 25 de mayo de 1959, y decretar igualmente la cancelación del registro y matrícula de la sentencia aprobatoria del remate en la oficina de registro de II PP para lo cual se librará oficio al registrador respectivo.

"Cuarta: Declarar igualmente nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa celebrado entre la firma Mowerman Hnos. y el señor Pedro Marín, por virtud

de la escritura número 1689 de 20 de diciembre de 1963 de la Notaría Segunda de Armenia registrada en el Libro 1º impar, Tomo 1º, folio 356, partida 16, del 7 de enero de 1964, por virtud del cual la firma Mowerman Hnos., vendió a Pedro Marín lo adquirido por los vendedores en la subasta cuya nulidad vengo invocando, y que, en consecuencia, se ordene tanto a la Notaría Segunda de Armenia, como al señor Registrador de II PP de la misma ciudad, la cancelación de la escritura de compraventa y de las inscripciones en los libros de registro y de matrícula referentes a éstas, a ese título.

"Quinta: Que se condene al señor Pedro Marín de las condiciones civiles aludidas, a restituir al menor Próspero Cardona Suárez por conducto de su representante legal, el inmueble individualizado en el hecho segundo de esta demanda, y que fue motivo de remate con fecha 25 de mayo de 1959, restitución que se hará totalmente, con todos los frutos civiles y naturales producidos y no sólo los percibidos sino los que mi mandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia teniendo el inmueble en su poder, entrega que se hará tres días después de ejecutoriada la sentencia.

"Sexta: Que se condene a los demandados a las costas del juicio".

B. Fundamenta el demandante sus peticiones en los siguientes hechos:

a) Al menor Próspero Gerardo Cardona Suárez se le adjudicó en la sucesión de su padre Fabriciano Cardona un lote de terreno denominado "La Plata", situado en la fracción de El Gaimo, Municipio de Armenia y alindado como se individualiza en la demanda;

b) Comoquiera que la madre del menor dicho, Rubiela Suárez, contrajo segundas nupcias el 18 de noviembre de 1954 con Gonzalo Buitrago, sin dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 599 del C. Civil, se designó a Bernardo Suárez como tutor del incapaz, cargo que ejerció hasta su fallecimiento, ocurrido el 22 de octubre de 1958;

c) Ocurrido el deceso del curador del menor, Rubiela Suárez, no obstante su segundo matrimonio, solicitó para sí la guarda de su hijo Próspero Gerardo, la cual le fue otorgada por sentencia de 29 de enero de 1959, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia;

d) A pesar de que Rubiela Suárez no podía ser guardadora por estar inhabilitada por razón de su sexo, solicitó luego autorización judicial para enajenar, en pública subasta, el bien raíz adjudicado al menor Próspero Gerardo Cardona Suárez en la sucesión de su padre, licencia que le fue concedida por el mismo Juez Primero Civil del Circuito de Armenia por sentencia de 28 de abril de 1959;

e) Pedro Marín y la sociedad "Mowerman Hermanos", el 25 de mayo de 1959, remataron el bien inmueble y por auto de la misma fecha el Juzgado lo aprobó; y

f) Luego, la sociedad "Mowerman Hermanos" vendió a Pedro Marín su cuota en el bien raíz objeto del remate, pues de ésto da fe la escritura pública Nº 1689 de 20 de diciembre de 1964, de la Notaría Segunda del Circuito de Armenia.

C. Los demandados, en sus contestaciones al libelo, se opusieron a las pretensiones de su demandante; en cuanto a los hechos, aceptaron algunos y negaron otros; y finalmente propusieron las excepciones que denominaron "carencia de derecho para demandar o ineficacia de la acción intentada", las que hicieron consistir en la afirmación de que "como aparece de las copias acompañadas, en cada uno de los procesos que dieron lugar a la guarda, a la licencia judicial para vender bienes del menor y al remate con que culminó la licencia, se llenaron todos y cada uno de los requisitos que la ley exige, por lo cual ninguno de esos procesos quedó afectado de nulidad, ni absoluta ni relativa".

D. A su vez, los demandados "Mowerman Hermanos" y Marín Zapata, formularon demanda de reconvención, a fin de que en "el caso hipotético que se acceda a las súplicas del actor..., en especial si prosperase la nulidad del remate", se condenara al contrademandado Próspero Gerardo Cardona Suárez a pagar a sus contrademandantes la suma de $ 150.000.00, con sus correspondientes intereses y las expen-

sas y mejoras incorporadas al inmueble, considerándolos como poseedores de buena fe.

E. Los elementos de la causa petendi de la demanda de reconvención pueden compendiarse así:

a) En el proceso de guarda seguido por Rubiela Suárez de Buitrago se designó a ésta como guardadora legítima de su hijo Próspero Gerardo Cardona, según sentencia de 29 de enero de 1959, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia. "En dicho proceso se llenaron todos los requisitos legales de notificación, audiencia del Ministerio Público, ejecutoria de la sentencia, posesión de la tutora, discernimiento del cargo, inventario solemne de los bienes del pupilo y autorización para ejercer la guarda. En igual forma y para conocimiento de terceros, la sentencia fue registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito el 25 de febrero de 1959";

b) En ejercicio de su representación, Rubiela Suárez solicitó y obtuvo licencia para enajenar en pública subasta el bien raíz denominado "La Plata" y perteneciente al pupilo, todo "mediante los trámites legales respectivos";

c) Dentro del proceso de licencia judicial para enajenar, "previos los requisitos y formalidades que la ley exige para estos casos, el 25 de mayo de 1959 se verificó la licitación en pública subasta del inmueble", el cual fue rematado por Pedro Marín Z. y la sociedad comercial "Mowerman Hermanos", por la suma de $ 150.000.00, precio que fue pagado por éstos;

d) De la fecha del remate en adelante los adquirentes "se dedicaron a mejorar el inmueble, efectuando en él siembras y resiembras de café, plátano, guamo, etc., y a restablecer las plantaciones antiguas que estaban en pésimo estado y en completo abandono... Dichas labores las ha venido efectuando últimamente y como único dueño, Pedro Marín Zapata".

e) Como los rematantes han implantado valiosas mejoras en el inmueble, con el fin de que no se rompa "el justo equilibrio patrimonial ni haya enriquecimiento ilícito o sin causa a favor del actor, en el supuesto de accederse a lo pedido en la demanda principal, también habría que declarar las prestaciones mutuas, entre ellas la devolución del precio y el pago de las mejoras".

F. Surtido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso término con sentencia de 9 de noviembre de 1967, mediante la cual declaró la nulidad del nombramiento de Rubiela Suárez de Buitrago como tutora del menor impúber Próspero Gerardo Cardona Suárez, y denegó las peticiones restantes.

G. Apelada por el demandante y por los reconvinientes esta decisión, el Tribunal la revocó con sentencia de 13 de septiembre de 1968, y en su lugar declaró probada "la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido o de falta de demanda en forma" y, en relación con la demanda de reconvención, dispuso que "no procede decisión de fondo".

H. Las mismas partes interpusieron el recurso de casación contra este fallo.

III

La sentencia del Tribunal

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio, emprende a continuación el examen de los presupuestos procesales, para llegar a la conclusión de que se encuentran reunidos.

Más adelante el sentenciador afirma que en el proceso se ha hecho uso del derecho de pedir la nulidad de varios actos judiciales, a saber: del nombramiento de Rubiela Suárez de Buitrago como curadora de su hijo menor Próspero Cardona Suárez, designación hecha por sentencia de 29 de enero de 1959, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia; de la autorización para enajenar un bien inmueble del mencionado menor, concedida por sentencia de fecha 28 de abril del mismo año y por el mismo Juzgado; de la diligencia de remate y de su auto aprobatorio; del contrato de compraventa celebrado entre los rematantes "Mowerman Hermanos" y Pedro Marín; por último, se pide que se condene al poseedor Marín a restituir el inmueble al menor nombrado.

A continuación el sentenciador expresa que la nulidad principal, de la cual dependen las otras, se hace consistir no sólo en

el hecho de que Rubiela Suárez de Buitrago no podía ser curadora de bienes por razón del sexo y por haber pasado a otras nupcias, sino también por carencia de capacidad y por falta de citación o emplazamiento del menor dentro del proceso de provisión de guarda, ésto es, se alega como vicio con alcances de nulidad la indebida representación, irregularidad ésta que no sólo puede alegarse dentro del respectivo proceso sino además pedirse en proceso separado, por vía ordinaria.

Después de afirmar el Tribunal que no puede confundirse la pretensión de revisión de sentencia con la de anulación de procesos por vicios de carácter procesal, se ocupa del estudio de la demanda, para sostener que por interpretación se llega a la conclusión de que por vicios adjetivos se pide la nulidad de decisiones judiciales aisladas, para lo cual el camino más adecuado sería el de la revisión y no el de la nulidad, situación que pone de presente una petición "de modo indebido".

Para corroborar el anterior aserto, el sentenciador busca apoyo en varias doctrinas de la Corte que transcribe.

Mediante las consideraciones expuestas, el Tribunal sienta como reflexión final la siguiente: "Ha quedado establecido que la demanda de este juicio adolece de **petición de modo indebido** o falta de demanda en forma, inepta demanda según el C. Judicial por no reunir los requisitos legales. Por la misma razón no se resolverá sobre las defensas propuestas por la parte demandada, ni sobre la demanda de reconvención, comoquiera que su formulación ha sido condicionada, ésto es, para el caso de prosperar la demanda principal".

III

Recurso de casación de la parte demandante

Esta formula cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal, los tres primeros con fundamento en la causal primera de casación y el último con apoyo en la segunda.

La Corte contrae su estudio al cargo tercero por venir fundado en razones suficientes para casar la sentencia impugnada.

Cargo tercero

"Acuso la sentencia recurrida por violación directa de los Arts. 6º, 9º, 480, 481, 483, 515, 587, 600, 768, 1519, 1523, 1740, 1741 del C. C., en armonía con el artículo 56, C. R. P. y M. y de los artículos 448, 457, 205, 209, 329, 330, 333, 343 y 737, C. J."

Comienza el censor por transcribir, del fallo impugnado, lo expresado por el Tribunal bajo el título de los "Presupuestos Procesales", como también la parte resolutiva del mismo, para afirmar que si el sentenciador dijo que "se dan en el caso de autos los presupuestos procesales", lo pertinente era fallar de fondo el negocio y "no declarar la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido o falta de demanda en forma".

Luego afirma que un pronunciamiento en estas condiciones implica quebranto de los preceptos siguientes:

a) De los artículos 205, 209 y 737 del C. J., a virtud de que si la demanda se acomoda a los requisitos de forma como lo admite el Tribunal, "no es posible al mismo tiempo declarar probada la excepción perentoria de petición de modo indebido o falta de demanda en forma, tal como lo hizo la sentencia acusada".

b) De "los artículos 329, 330, 333 y 343 del C. J., pues como lo ha dicho la Corte, 'la falta del presupuesto procesal demanda en forma no constituye excepción perentoria, sino que inhibe al juzgador para pronunciar fallo de fondo, en tanto que la petición de modo indebido implica falta del derecho alegado, lo que lleva al rechazo de las pretensiones del actor en el fallo de fondo".

c) De "los artículos 330, Num. 3º, C. J. (que cataloga como dilatoria la excepción de inepta demanda) y el Art. 333 ibídem (que dice en qué consiste dicha excepción). En efecto: según el Tribunal, "ha quedado establecido que la demanda de este juicio adolece de petición de modo indebido o falta de demanda en forma, **inepta demanda**, según el C. J., por no reunir los requisitos legales..." (Fl. 94 v., C. 1º). La ineptitud adjetiva de la demanda, a que se refiere el sentenciador, no es excepción perentoria sino dilatoria, siendo violatorio de las nor-

mas citadas declararla en la forma que lo hizo el Tribunal, al confundir los presupuestos procesales con las excepciones perentorias. Ni aunque se tratara de ineptitud sustantiva de la demanda, cabría la excepción declarada por el Tribunal. Ha dicho la Corte: La jurisprudencia nacional en casos como éstos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma)".

d) De "los Arts. 6º, 9º, 480, 481, 483, 515, 587, 600, 768, 1519, 1523, 1740, 1741, C. C. y 56, C. R. P. y M. En efecto: si, como lo dice el fallo acusado, se da el presupuesto procesal de demanda en forma, lo pertinente era fallar el fondo del negocio en vez de declarar probada la excepción perentoria temporal de 'petición de modo indebido' o 'falta de demanda en forma', dando al fallar aplicación a los citados preceptos sustantivos. Mas como el Tribunal se abstuvo de fallar el fondo y declaró probada la dicha excepción, que no lo es, quebrantó al no aplicarlos al caso del pleito, siendo procedente hacerlo, los siguientes preceptos:

"El Art. 587, C. C., que inhabilita por regla general a la mujer, por razón de su sexo, para ser guardadora, salvas las excepciones establecidas por el mismo precepto, entre las cuales no se halla el caso de la madre que contrae segundas nupcias, respecto de los hijos del precedente matrimonio.

"Esa incapacidad no tiene como fundamento el matrimonio de la mujer, sino el sexo, y no fue, por tanto, derogada por la Ley 28 de 1932. Confirma esta interpretación el Art. 22 de la Ley 75 de 1968, que derogó expresamente el Art. 587 del C. C. y dispuso, entre otras cosas: 'Las mujeres pueden ser tutoras o curadoras en los mismos términos que los varones...' Esto no habría sido necesario de hallarse ya derogado tal artículo 587, C. C. por la Ley 28 de 1932.

"Al ser designada Rubiela Suárez de Buitrago tutora de Próspero Gerardo Cardona, se hallaba vigente el Art. 587, C. C., norma que la hacía incapaz para desempeñar la guarda del nombrado menor, siendo nulo, por tanto, el correspondiente nombramiento (Arts. 6º y 1740, C. C.).

"Mas como el sentenciador se abstuvo de fallar el fondo del negocio y declaró probada la excepción perentoria temporal de 'petición de modo indebido' o 'falta de demanda en forma', al calificar como de **nulidad procesal** la acción incoada, pese a ser de **nulidad sustancial** o de fondo, quebrantó directamente los preceptos citados, o sea, el Art. 587, C. C., que declaró incapaz a la mujer para ser guardadora (salvo las excepciones por él establecidas, entre las cuales no está comprendida Rubiela Suárez) y los Arts. 6º y 1740, mismo Código, que sancionan con **nulidad sustancial**, no procesal, los actos en que se viole norma imperativa de la ley, como es el caso del nombramiento de Rubiela Suárez de Buitrago como tutora de Próspero Gerardo Cardona y el consiguiente discernimiento del cargo, normas que de haber sido aplicadas al caso del pleito habrían llevado al Tribunal a declarar la **nulidad** de ese nombramiento, pedida en la súplica primera de la demanda; y como secuela de tal nulidad, la impetrada en las súplicas segunda, tercera y cuarta, puesto que si Rubiela Suárez era incapaz de ser tutora de Próspero Gerardo Cardona, lo era igualmente para representarlo en toda clase de actos y para enajenar, así fuera en pública subasta, los bienes raíces del nombrado menor, al tenor de los Arts. 480, 481 y 483, C. C., quedando viciada de nulidad la respectiva enajenación, conforme al Art. 600, Inc. 2º, en armonía con el 515, misma obra".

Luego de expresar el recurrente que en este caso no se está en presencia de una guarda putativa y que los demandados no podían ignorar la prohibición legal que asistía a Rubiela Suárez de Buitrago para ser curadora de su hijo, afirma:

"Si el Tribunal no hubiera calificado de **nulidad procesal** la petición de **nulidad sustancial** que contiene el libelo, habría fallado el fondo del pleito, dando así debida aplicación a los Arts. 6º, 9º, 480, 481, 483, 515, 587, 600, 768, 1519, 1523, 1740 y 1741, C. C. en armonía con el Art. 56, C. R. P. y M. (los cuales integran la proposición jurídica completa de derecho sustancial violada) y

declarando la nulidad pedida por el actor en las súplicas primera segunda y tercera. Mas como no lo hizo así, sino que declaró probada la excepción perentoria temporal de 'petición de modo indebido' o 'falta de demanda en forma', absteniéndose de fallar el fondo del negocio, quebrantó tales preceptos directamente (por falta de aplicación).

"Finalmente, violó el Tribunal los citados textos, en armonía con los Arts. 1746 y 1748, C. C., al no acceder a las súplicas cuarta y quinta de la demanda.

"La petición de nulidad del contrato de compraventa de que da mérito la E. P. 1689, del 20 de diciembre de 1963, Notaría 2ª de Armenia, por la cual Mowerman Hnos. cedió a Pedro Marín los derechos de aquella sociedad en el inmueble "La Plata", es consecuencia de la invalidez de la enajenación cumplida en el remate cuya nulidad pide la súplica tercera.

"Tanto Marín como Mowerman Hnos, fueron parte en dicho remate y no pueden ampararse en la ignorancia de la incapacidad legal que afectaba a Rubiela Suárez para ser tutora de Próspero Gerardo Cardona, pues, como se ha dicho, el error de derecho constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (Art. 768, C. C.).

"El Art. 1746, C. C. da derecho a las partes en un acto cuya nulidad se declara a ser restituidas al estado anterior a dicho acto y el Art. 1748, misma obra, da acción reinvindicatoria contra terceros poseedores.

"Luego la procedencia de las súplicas cuarta y quinta de la demanda es elemental consecuencia de la prosperidad de las tres primeras peticiones, por aplicación de las normas procedentemente invocadas. Mas como el Tribunal se abstuvo de fallar el fondo del negocio y declaró probada la excepción perentoria de "petición de modo indebido" o "falta de demanda en forma", quebrantó directamente (al no aplicarlos), los artículos que he citado, integrantes de la proposición jurídica completa de derecho sustancial, cuya debida aplicación a este litigio era de rigor, a saber: 6º, 9º, 480, 481, 483, 515, 587, 600, Inc. 2º, 768, 1519, 1523, 1740, 1741, 1746 y 1748, C. C., y 56, C. R. P. y M.".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Si la demanda, como lo admite el Tribunal en su sentencia, se ajusta a los requisitos de forma y si también aparecen cumplidos los demás presupuestos procesales, constituye un desacierto proferir luego una decisión inhibitoria con fundamento en la falta de demanda en forma. Y el yerro se torna aún más grave al abstenerse el fallador de decidir en el fondo la cuestión litigiosa, declarando en cambio probada "la excepción perentoria de petición de modo indebido" y a la vez "la falta de demanda en forma", con relación al mismo libelo, pues es tanto como confundir las excepciones con los presupuestos del proceso, cuando elementales principios de derecho procesal ponen de manifiesto que se trata de instituciones diferentes, puesto que al paso que los presupuestos atañen a la regular formación de la relación jurídico-procesal, las excepciones perentorias se encaminan a atacar la pretensión del demandante.

"La falta de cualquiera de los presupuestos procesales —ha dicho la Corte— no constituye excepción perentoria, porque no se trata de un hecho en cuya virtud las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaren extinguida si alguna vez existió. Es grave error erigir en excepción perentoria la carencia de un presupuesto, porque se trata de fenómenos distintos". (Cas. Civ., 2 abril, 1970, aún no publicada).

2. En razón de que lo pretendido en este proceso por el demandante principal se circunscribe a la declaración de nulidad sustantiva de varios actos y a la restitución de un bien raíz, se infiere que no estuvo acertado el sentenciador de segundo grado al proferir fallo inhibitorio, con fundamento en que lo pedido era la nulidad procesal y que ello propiciaba el reconocimiento de la "excepción perentoria de petición de modo indebido o falta de demanda en forma", pues como ya se vio, no se da lo uno ni lo otro.

3. Si la pretensión de la parte demandante, como queda dicho, se concreta a la declaratoria de nulidad sustantiva de varios ac-

tos y a la restitución consecuencial de un bien raíz, al no hacer pronunciamiento de mérito, el Tribunal quebrantó los preceptos sustanciales citados en la censura, por lo que la sentencia impugnada debe ser casada para sustituirla por el pronunciamiento de fondo que corresponda.

Y al prosperar el cargo tercero que el demandante formula contra la sentencia del Tribunal, se hace superfluo considerar los reparos que a ese mismo fallo le formulan en casación dos de los demandados.

V

Sentencia sustitutiva

1º La demanda principal

1. Las pretensiones de la parte demandante se encaminan a que la justicia declare "sin valor legal", por ser un hecho prohibido por la ley, el nombramiento de Rubiela Suárez de Buitrago como curadora de su menor hijo Próspero Gerardo Cardona Suárez, "por la doble razón de inhabilidad proveniente del sexo y por haber contraído segundas nupcias con Gonzalo Buitrago con anterioridad al otorgamiento de la curaduría", como también por "carencia de capacidad legal y de falta de citación y emplazamiento del menor"; a que se declare "sin valor legal alguno la licencia judicial solicitada por Rubiela Suárez de Buitrago para enajenar un inmueble de propiedad del menor Próspero Cardona... invalidez que proviene de la carencia de capacidad" de la curadora "para obrar a nombre de su hijo y por falta de citación y emplazamiento de dicho menor en este juicio"; a que se declare "la nulidad absoluta de la diligencia de remate realizada ante el Juzgado Primero Civil de Armenia por virtud y en desarrollo de la licencia judicial..., nulidad que también debe proferirse para el auto aprobatorio de dicha subasta"; a que se declare la nulidad absoluta "del contrato de compraventa celebrado entre la firma Mowerman Hnos. y el señor Pedro Marín', contenida en la escritura pública número 1689 de 20 de diciembre de 1963 de la Notaría Segunda de Armenia; finalmente solicita que se condene al demandado Marín a la restitución del bien raíz, junto con los frutos civiles y naturales, y que se disponga la cancelación del registro del remate, lo mismo que la de la escritura mencionada, con costas del proceso para los demandados.

2. Los hechos del libelo incoativo del proceso expresan, en síntesis, que el menor Próspero Cardona Suárez es hijo legítimo de Fabriciano Cardona y Rubiela Suárez; que ésta, al fallecer su primer marido, contrajo segundas nupcias con Gonzalo Buitrago Valencia, lo cual dio origen a que se nombrara como curador de bienes del menor Próspero Cardona a su abuelo Bernardo Suárez Montoya; que ocurrido el óbito de éste, Rubiela Suárez de Buitrago, mediante proceso adelantado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, obtuvo que se le designara curadora de aquél, por decisión proferida el 29 de enero de 1959; que ante ese mismo juzgado dicha curadora logró autorización para enajenar el bien raíz del menor, lo cual no era posible por haber contraído "nuevas nupcias y por inhabilidad proveniente del sexo"; y que Pedro Marín y la sociedad Mowerman Hnos. remataron el inmueble de propiedad del menor y posteriormente el último vendió su derecho cuotativo a la primera, quedando esta sociedad con la totalidad del bien raíz mediante "aparentes formulismos legales".

3. La eficacia de un acto jurídico requiere, entre otros presupuestos, del consentimiento de las personas que lo celebran. Y si por regla general las partes contratantes no quedan obligadas más que por sus propias voluntades, este principio se salva en el caso de la representación.

Empero, para que el acto realizado por el representante vincule en sus efectos al representado, es menester que aquél tenga poder de representación, o sea facultad para actuar a su nombre. Y esa facultad puede emanar: ora de la propia voluntad del representado, en los casos en que es capaz de expresar su consentimiento; ora de la voluntad de la ley, la cual, en los eventos de su incapacidad, confiere al representante atribución para que actúe en nombre del primero.

4. El Código Civil distingue la capacidad jurídica de la capacidad legal: hace consistir la primera en la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda en la habilidad que la ley le reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por sí misma y sin el ministerio o autorización de otras.

Según nuestro derecho positivo la capacidad legal, que constituye uno de los requisitos necesarios para la validez de las declaraciones de voluntad, la tiene toda persona, "excepto aquéllas que la ley declara incapaces" (Art. 1502, 1503 y 1741 del C. C.).

5. En orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador creó la representación legal, a virtud de la cual coloca esos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las que inviste de atribución para actuar en su nombre y de vincularlos en los efectos que de esos actos se deriven, como si hubiesen contratado ellos mismos.

Tratándose de los incapaces no sometidos a la patria potestad, la ley los sujeta a la representación derivada de la tutela o de la curaduría, que "son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquéllos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre..., que pueda darles la protección debida" (Art. 428).

Partiendo de la noción legal, las guardas se caracterizan porque son cargos que se confieren de manera obligatoria; porque se otorgan a favor de personas que no pueden dirigirse a sí mismas o administrar competentemente sus negocios; porque son incompatibles con la patria potestad, salvo el caso de la curaduría adjunta; y porque sólo pueden ser desempeñados por personas naturales legalmente capaces.

6. Las guardas se clasifican en tutelas y curadurías: corresponden las primeras a los impúberes; están sometidos a curatela general los menores adultos, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y los pródigos en interdicción (Arts. 431 y 432 C. C.). Pero al paso que la tutela es siempre de carácter general y como tal mira al cuidado de la persona y al de los bienes del incapaz, siendo por tanto de un solo tipo, la curaduría en cambio, según la extensión de las facultades del guardador, es de dos clases: general y especial.

La curatela general se caracteriza porque confiere al guardador simultáneamente la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y el cuidado de su persona. Las demás formas de curadurías no se refieren directamente a la persona sino sólo a su patrimonio, o a parte de él, o a su representación en un acto aislado de su actividad jurídica (Arts. 428, 430, 431, 432, 433 y 435 C. C.). Y en relación con su origen las guardas se dividen en testamentarias, legítimas y dativas, según que sea el testador, la ley o el juez quien determine la persona que haya de desempeñarlas (Arts. 443 ibídem).

7. Como ya está dicho, las guardas se han establecido con el fin de proteger los intereses del pupilo. En este objetivo se proyectan todas las disposiciones legales que regulan la materia.

Así, para asegurar los resultados de la administración exige la ley, como norma general, que todo tutor o curador para ejercer el cargo deba cumplir previamente las siguientes tres formalidades: a) Otorgamiento de caución; b) Obtener el discernimiento; y c) Hacer inventario solemne de los bienes del pupilo. Surtidas estas exigencias nacen para el guardador sus atribuciones propias, entre las cuales están la representación del incapaz y la administración de sus bienes (Arts. 62 y 480).

8. Sin embargo, del carácter obligatorio que por razones de interés social se predica para los cargos de tutor y curador, el legislador no permite, antes bien lo prohibe, que ciertas personas los ejerzan. Atendiendo a la edad, a las condiciones mentales y físicas, al grado de instrucción, al estado religioso, a la oposición de intereses, a las relaciones de familia (y antes al sexo), determina las personas a las que, por considerar que carecen de idoneidad para ello, califica de incapaces para ejercer la guarda.

Y como estas incapacidades son de orden público puesto que están establecidas tanto en interés de la sociedad, como en interés del pupilo, son en consecuencia irrenunciables. De esta suerte, la persona en quien concurre causa alguna de incapacidad no

puede ser guardadora, sencillamente porque va contra expresa prohibición legal.

Si por alguna circunstancia la persona nombrada tutora o curadora es incapaz para ejercer la guarda, o después de designada le sobreviene una causal de incapacidad al respecto, corre de su cargo denunciarla dentro de los plazos señalados en la ley, so pena de quedar viciado el nombramiento, de perder los emolumentos correspondientes al tiempo en que conociendo la incapacidad ejerció el cargo, y de que cese la guarda (Arts. 6º, 600, 601, 608 y 627 C. C.).

9. Pero como el hecho de entrar una persona a ejercer la guarda de otra implica que la primera asume la representación legal de la segunda, con el infinito número de consecuencias que de ella se derivan, y especialmente de las que emanan de la administración de su patrimonio, es apenas lógico pensar que el régimen legal de las incapacidades proyecte sus efectos no sólo en punto del nombramiento, sino también y fundamentalmente en los actos jurídicos que en relación con los bienes de su pupilo ejecute el guardador.

10. Al respecto estatuye el artículo 600 del Código Civil: "Los tutores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían en el tiempo de deferírseles el cargo o que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo. Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero sabidas por él, pondrán fin a la tutela o curaduría".

En materia de incapacidades para la guarda, nuestro Código consagra, pues, como principio general, el de que la incapacidad sabida por el tutor o curador le impide adquirir la calidad de tal, si el hecho que tipifica la causal existe antes del discernimiento del cargo; o poner fin a la tutela o curaduría, si se trata de la que sobreviene durante el desempeño de éste. Y en cuanto a los efectos que producen los actos del tutor o curador incapaz, el inciso 1º del precitado artículo toma en cuenta el ocultamiento de la incapacidad para determinar la situación legal en que se coloca dicho guardador: queda sujeto a "todas las responsabilidades de su administración" y a la pérdida de emolumentos; y el inciso 2º del mismo precepto, establece que las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador.

Es cierto que la norma en comento, en ninguno de los dos incisos que la integran, determina expresamente que los actos ejecutados por el guardador incapaz que ha ocultado la causa de la incapacidad sean nulos; pero de que ello sea así no puede predicarse su pleno valor legal porque tal aserción implicaría identificar los efectos de dichos actos, por este aspecto, con los realizados por el tutor o curador que de buena fe ignora la causa de la incapacidad, lo cual es inadmisible desde luego que la propia ley ha querido establecer diferencia entre los unos y los otros.

Y si la argumentación a contrario sensu no fuere razón atendible para afirmar, con base en lo estatuído por el inciso 2º de dicho precepto, que los actos ejecutados por el guardador incapaz que ocultó la causa de la incapacidad quedan viciados de nulidad, a tal conclusión sí habría que llegar por aplicación de los principios generales de derecho. En efecto: a términos del artículo 1504, in fine, del C. C., además de las incapacidades de orden general que dicho estatuto consagra, hay "otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos"; y de acuerdo con el artículo 6º ibídem, "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa". Además, conforme al artículo 1741 ejusdem, los actos y contratos realizados por personas incapaces son nulos.

Acoger la conclusión contraria sería tanto como desquiciar el régimen legal de las guardas, las cuales, se repite, están establecidas para proteger los intereses del pupilo; y equivaldría, también, a restringir los efectos a que está destinada por la ley la incapacidad para servir las tutelas y las curadurías.

11. Bien es verdad que conforme al artículo 515 del C. C., "El que ejerce el cargo de tutor o curador, no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las

obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja". La preceptiva legal contenida en esta norma no es sin embargo, en concepto de la Sala, razón valedera para sostener la validez de los actos jurídicos ejecutados por el guardador incapaz que ha ocultado la causa de la incapacidad, porque ella determina supuestos de hecho distintos a los que contempla el artículo 600, por lo cual no es permisible jurídicamente subsumir esta última disposición en la primera, haciéndola nugatoria, ni refundir en una sola cuestiones litigiosas diferentes para atribuirles idéntico tratamiento.

El artículo 515 se refiere al guardador aparente, ésto es, al que ejerce el cargo de tutor o curador sin serlo, ya sea con discernimiento o sin él, pero en todo caso sin tener prohibición legal alguna para desempeñarlo; el precepto 600, en cambio, concierne a los eventos en que la persona, siendo legalmente incapaz para ser tutora o curadora, ha desempeñado el cargo no obstante la expresa prohibición de la ley al respecto. Y si la incapacidad en el punto importa la falta de idoneidad para adquirir la calidad de tutor o curador, y por ende la aptitud para realizar con eficacia los actos inherentes a ella, el guardador que oculta la causal de su incapacidad no habrá podido ser tutor o curador, ni podido tener la representación del pupilo, muy a pesar de que se le haya discernido el nombramiento, porque el decreto judicial de ese contenido no puede conllevar la virtud suficiente de trocar en permisión lo que la ley prohibe absolutamente; ni atribuir poder legítimo de representación a quien el derecho positivo se lo niega.

12. Por lo demás, la conclusión a que aquí se llega en torno al valor de los actos ejecutados por el guardador incapaz, es la misma que predican los más connotados comentadores del Derecho Civil Chileno. En efecto: analizando el sentido del artículo 512 del Código Civil de ese país, igual en su contenido al artículo 600 del Código Colombiano, dice Luis Claro Solar: "Por consiguiente, el ocultamiento de la incapacidad que existía al deferirse la tutela o curaduría o que sobreviene durante su ejercicio no puede dar el carácter de tutor o curador a quien la ley le prohibe ser tutor o curador, aunque ante los demás pudiera pasar por tal. 'Los tutores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de deferírseles el cargo, o que después hubiesen sobrevenido —dice el Art. 512, Inc. 1º—, además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejerciera el cargo'. No han sido, ni podido ser tales tutores o curadores; no han tenido, ni podido tener la representación de los pupilos; y los actos que han ejecutado carecen de valor y no pueden afectar al pupilo". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, T. V, Nº 2613. - Subraya la Corte).

Y don Manuel Somarriva expresa al respecto: "En cuanto al valor de los actos ejecutados por el guardador incapaz, dice el inciso 2º del artículo 512 que las causas ignoradas de incapacidad no vician de nulidad los actos del tutor o curador. La ignorancia aludida se refiere no sólo al guardador sino también a los terceros. El legislador, como no podía menos, ampara la buena fe de los terceros que han sido engañados por las apariencias. Tal sería el caso, por ejemplo, del guardador que llega a ser acreedor del pupilo, ignorándose esta circunstancia. A contrario sensu del inciso 2º del artículo 512 se desprende que si la causa de la incapacidad no es ignorada sino conocida... entonces, los actos ejecutados a nombre del pupilo adolecerían de nulidad. El legislador no tiene porqué proteger los intereses de estos terceros que no pueden estar de buena fe ya que han conocido la incapacidad, o por lo menos ha habido negligencia de parte de ellos al no conocerla" (Derecho de Familia, Pág. 733. - Aquí también subraya la Corte).

13. Por cuanto Rubiela Suárez de Buitrago, a pesar de la prohibición legal para ser curadora de su hijo menor procedió a obtener el discernimiento de la guarda y la autorización judicial para enajenar en pública subasta un bien raíz del pupilo, debe seguirse que tales actos son nulos, pues ni ella ni los rematantes ignoraban el impedi-

mento legal existente, como se deduce del proceso de guarda y del de autorización para vender, ya que la curadora controvirtió, en el primero, el hecho constitutivo de la causal de incapacidad que ostentaba y los rematadores, en el segundo, pudieron conocer la prohibición legal que pesaba sobre la solicitante para desempeñar el cargo de guardadora y para disponer del bien inmueble de su hijo incapaz, pues en este último se identificó como mujer casada en segundas nupcias con Gonzalo Buitrago, encontrándose vigente a la sazón el artículo 587 del Código Civil que, en ese caso, perentoriamente prohibía el ejercicio de la tutela o curaduría. A lo anterior cabe agregar el hecho de que la ignorancia de la ley no les sirve de excusa (Art. 9º, C. C.).

14. Con fundamento en la preceptiva legal, ha dicho la doctrina de la Corte que como "la sentencia que declara la nulidad de un acto o contrato produce efectos ex tunc, se supone que tal acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por un imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado. Empero como los efectos de la declaración judicial de nulidad no solamente cobijan a quienes celebraron el acto o contrato sino que alcanzan también a los terceros que derivan sus derechos de uno de tales contratantes, por aplicación del aforismo **resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis**, el legislador reguló en normas distintas esos efectos. Por lo que respecta a aquéllas, estatuye el artículo 1746 del Código Civil que 'la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita'; y en lo que atañe con los segundos, preceptúa el 1748 que 'la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales'." (CXXXII, 250).

15. Ya quedó visto que el nombramiento de curadora recaído en la persona de Rubiela Suárez de Buitrago es nulo y que los actos ejecutados por ésta, como son la autorización para enajenar y el remate verificado en el proceso respectivo son igualmente nulos, como también carece de valor el contrato de compraventa ajustado entre los rematadores Marín Zapata y "Mowerman Hermanos", contenido en la escritura Nº 1689 de 20 de diciembre de 1963, otorgada en la Notaría 2ª de Armenia, pues éstos estaban enterados del hecho constitutivo de la causal de nulidad que concurría en Rubiela Suárez de Buitrago para ser guardadora de su menor hijo, es decir de su categoría de mujer binuba, y para disponer del bien raíz del menor Próspero Gerardo Cardona Suárez.

2º Las prestaciones mutuas

1. Si por virtud del efecto retroactivo de la declaración de nulidad de un acto o contrato las cosas deben regresar al estado anterior, este objetivo se cumple a través de las restituciones recíprocas, las que por ser inherentes a la decisión han de considerarse siempre por el fallador, bien de oficio o ya a petición de parte.

Y conforme a lo imperado por el artículo 1746 del C. C., la determinación de estas recíprocas prestaciones que surgen para las partes litigantes de la declaración de nulidad, debe regirse por las mismas disposiciones legales que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación.

2. Según ésto, el bien inmueble enajenado en pública subasta y de que da cuenta el hecho segundo de la demanda principal, debe ser restituido al menor Próspero Gerardo Cardona, junto con los frutos naturales y civiles percibidos y los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a partir del 25 de mayo de 1959, fecha en que se llevó a cabo el remate, hasta el día en que se verifique la entrega.

Por su parte, el demandante está obligado a restituir a la sociedad "Mowerman Hermanos" y a Pedro Marín Zapata la cantidad de $ 150.000.00, suma pagada por éstos como precio de la subasta, junto con los intereses causados a la tasa legal, desde la fecha antes indicada y hasta el día en que se verifique el pago. A su turno Mowerman Hermanos deberá restituir a Marín Zapata la suma que de éste recibió por la venta de

su derecho cuotativo en el inmueble materia de esta controversia.

Para la restitución de frutos como para el abono de las mejoras y expensas a que hubiere lugar, los demandados deben ser considerados como poseedores de mala fe, puesto que al adquirir el inmueble pudieron conocer la causal de incapacidad que asistía a Rubiela Suárez de Buitrago para ser guardadora de su hijo impúber y para disponer de los bienes inmuebles de éste. Además, como lo estatuye el artículo 768 del C. C. "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

3º Las excepciones propuestas

1. Como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda los demandados propusieron las excepciones que nominaron "carencia de derecho para demandar e ineficacia de la acción intentada", las que hicieron consistir fundamentalmente en que como en los procesos de guarda, licencia judicial para vender y en el remate practicado en éste "se llenaron todos y cada uno de los requisitos que la ley exige, ninguno de esos procesos quedó afectado de nulidad ni absoluta ni relativa".

2. Mas, la sola denominación que los demandados dan a los medios defensivos que alegan, es de suyo suficiente para advertir que los hechos en que los fundan no constituyen excepciones de fondo, las que tienen por finalidad propia desconocer la existencia de la obligación que se pretende hacer efectiva en el proceso. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o su pretensión es infundada, se impone como consecuencia obvia y natural la absolución del demandado, sin que ello entrañe el acogimiento de una excepción jurídicamente inexistente.

4º La demanda de reconvención

1. Mediante ésta pretenden los demandados Pedro Marín Zapata y "Mowerman Hermanos", que en el evento de que prosperen las súplicas del demandante principal, "en especial la nulidad del remate", se condene a éste a restituírles la suma de $ 150.000.00, pagada por ellos como valor de la subasta, junto con sus intereses correspondientes y las expensas y mejoras incorporadas al inmueble; que para tal efecto se les considere como poseedores de buena fe; y, finalmente, que se les reconozca el derecho de retención.

2. Dado el carácter eventual que los demandantes le imprimen a su demanda de mutua petición y el contenido de las pretensiones en ésta deducidas, claramente se advierte que dicho libelo entraña la expresa petición de su parte para que se consideren las prestaciones a que tienen derecho por virtud de la declaración judicial de nulidad. Pero como las recíprocas prestaciones de las partes, tal cual se ha visto, deben ser siempre materia de consideración por el fallador por ser inherentes a la demanda de nulidad de un acto jurídico, así no se haya pedido expresamente, su reconocimiento ha quedado resuelto atrás, aún prescindiendo de la demanda de reconvención que en el punto sería innecesaria.

3. Las razones consignadas en el número 2 del capítulo "prestaciones mutuas" las da la Sala por reproducidas aquí, agregando que al demandado Marín Zapata le asiste derecho a retener el inmueble, derecho de retención que por tanto se le reconoce, hasta que el demandante le pague el valor de las expensas y mejoras, o se lo asegure a su satisfacción (Art. 970, C. C.).

VI

Decisión

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 trece (13) de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este proceso ordinario instaurado por Próspero Gerardo Cardona Suárez contra Rubiela Suárez de Buitrago y otros, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve

Primero. Revócase la sentencia de nueve (9) de noviembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida en este mismo

proceso por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia;

Segundo. Declárase no probadas las excepciones propuestas por los demandados;

Tercero. Declárase nulo el nombramiento que a Rubiela Suárez de Buitrago se le hizo como curadora de bienes de su hijo menor Próspero Cardona Suárez, mediante decisión del 29 de enero de 1959, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia;

Cuarto. Declárase nula la autorización para enajenar un bien raíz del menor dada a la guardadora Suárez de Buitrago, según providencia de 28 de abril de 1959, pronunciada por el mismo Juzgado;

Quinto. Declárase nulo el remate verificado, en el proceso de autorización judicial, el 25 de mayo de 1959, así como el auto aprobatorio correspondiente que lleva la misma fecha;

Sexto. Declárase nulo el contrato de compraventa celebrado entre la sociedad "Mowerman Hermanos" y Pedro Marín Zapata, de que da cuenta la escritura pública número 1689 de 20 de diciembre de 1963, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, mediante el cual la primera enajenó al segundo su derecho cuotativo en el bien por ellos rematado;

Séptimo. Condénase al demandado Pedro Marín Zapata, actual poseedor del bien, a restituir al menor Próspero Cardona Suárez, por conducto de su representante legal, el inmueble alindado en el hecho segundo de la demanda principal, junto con los frutos naturales y civiles percibidos desde el 25 de mayo de 1959 y hasta el día en que se verifique la entrega. Y no solamente los percibidos, sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder;

Octavo. Por su parte, el demandante Próspero Gerardo Cardona Suárez está obligado a restituir a los demandados Marín Zapata y "Mowerman Hermanos" la cantidad de $ 150.000.00, suma pagada por éstos a aquél como precio del remate, más los intereses causados a la tasa legal, desde el 25 de mayo de 1959 y los que se causen hasta el día en que se verifique el pago de dicha cantidad de dinero;

Noveno. La sociedad "Mowerman Hermanos" está obligada a restituir a su codemandado Pedro Marín Zapata, la suma de $ 240.000.00 que de éste recibió como precio de la venta contenida en la precitada escritura número 1689 de 20 de diciembre de 1963;

Décimo. El demandante está obligado igualmente a pagar a los demandados Marín Zapata y "Mowerman Hermanos" el valor de las mejoras incorporadas por éstos al bien raíz, y a las que como poseedores de mala fe tienen derecho según la ley;

Undécimo. Reconócese al demandado Pedro Marín Zapata el derecho a retener el inmueble hasta tanto el demandante le pague el valor de las expensas y mejoras incorporadas en él, o se lo asegure a su satisfacción;

Duodécimo. Para la liquidación de los frutos y estimación de las mejoras, así como para las demás prestaciones a que haya lugar, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

Decimotercero. Ordénase la cancelación de la escritura número 1689 de 20 de diciembre de 1963, pasada ante el Notario Segundo de Armenia y de su inscripción en el registro. Igualmente se decretan la cancelación del registro del remate verificado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia el 25 de mayo de 1959, como la de su auto aprobatorio;

Decimocuarto. Cancélese el registro de la demanda.

Parágrafo. Para la efectividad de estas ordenaciones el Juzgado del conocimiento librará los oficios pertinentes; y,

Decimoquinto. Condénase a los demandados al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso. Las del recurso extraordinario corren de cargo de los demandados Marín Zapata y Mowerman Hermanos.

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

José María Esguerra Samper, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, León Posse Arboleda, Conjuez.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Compartimos el criterio de la Sala en cuanto a que el recurso de casación era fundado y correspondía a la Corte casar la sentencia impugnada y entrar a decidir en el fondo la cuestión litigiosa. No obstante, el análisis que se hace del problema planteado y especialmente de los textos legales aplicables, ha llevado a nuestro juicio, a una errada interpretación de las normas que protegen a los incapaces, con desmedro de la protección que merecen los terceros de buena fe.

En primer lugar, se trata del nombramiento de **Rubiela Suárez de Buitrago** como curadora de su hijo menor, pese a haber contraído segundas nupcias y tener marido vivo, y del discernimiento que se le hizo del cargo.

El artículo 587 del Código Civil vigente a la época del discernimiento, advertía que la madre que tiene marido vivo no podía ser tutora o curadora de su hijo. Se estaba en frente de **una incapacidad para ejercer la guarda**, establecida en razón del sexo y del estado civil, que no fue modificada por la Ley 28 de 1932, como equivocadamente lo creyeron la madre de Próspero Gerardo Cardona Suárez al pedir que se la nombrara guardadora de éste y el Juez al acceder a esa solicitud. Tal incapacidad sólo vino a desaparecer con la vigencia del artículo 22 de la Ley 75 de 1968.

Era apenas lógico que si la ley no permitía a la madre, que pasaba a segundas nupcias, ejercer la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, no diera a ésta la representación del hijo por medio de la tutela o curatela, a menos que hubiere enviudado por segunda vez.

Aún hoy, el legislador encuentra que al pasar a otras nupcias quien está ejerciendo la patria potestad, el juez, si lo considera más conveniente, podrá poner bajo guarda al hijo (Art. 19 de la Ley 75 de 1968), guarda que no podría darse al padre o a la madre a quien se ha suspendido o terminado la patria potestad. (Artículos 19 y 20 de la Ley 75 de 1968 y 586, Regla 11 del C. C.).

El llamamiento a la guarda legítima del hijo, a falta del padre, no cabe duda que correspondía a la madre, conforme al artículo 457 del Código Civil. Es importante distinguir entre el nombramiento del guardador que debe hacerse entre las personas con vocación legal al efecto y el discernimiento, ya que el segundo es el acto judicial por medio del cual se autoriza al tutor o curador ya nombrado y posesionado para ejercer el cargo, una vez que ha otorgado a fianza o caución que prescribe el Art. 463 ibídem.

En el caso de autos el Juez, sin atender a las normas legales que ponían de presente la incapacidad de **Rubiela Suárez de Buitrago**, procedió a discernirle la curaduría del menor, por entender que la Ley 28 de 1932 había modificado la legislación en cuanto a la causal de incapacidad de la mujer casada para servir como curadora. No obstante, el citado error judicial no se puede proyectar con efectos sobre terceros ni generar nulidades de los actos que la citada señora realizara actuando como representante de su hijo, cuando ellas no se han establecido expresamente en la ley. Esos terceros tenían pleno derecho a sentirse amparados por la presunción de legalidad y acierto que cobija a las providencias judiciales, máxime si tales designación y discernimiento se habían producido en una actuación cumplida con la intervención del Agente del Ministerio Público entre cuyas funciones, según el Art. 172 del C. J., estaba la de desempeñar el cargo de defensor de incapaces.

El artículo 600 del Código Civil, en su primer inciso, regula las relaciones de guardador y pupilo, al advertir que si el tutor o curador oculta la causa de incapacidad, no solamente tiene toda la responsabilidad por su administración sino que se le sanciona con la pérdida de los emolumentos correspondientes al tiempo en que conociendo la incapacidad, ejerció el cargo.

El segundo inciso de la norma citada advierte que las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero sabidas por él, pondrán fin a la tutela o curaduría.

Es decir, que cuando la ley advierte la consecuencia de conocer el guardador la causal de incapacidad, que no es otra que ponerle fin a la tutela o curaduría, obligando al mismo guardador a provocar su remoción, mal puede el intérprete crear nulidades que no han pasado por la mente del legislador.

La remoción, dice Claro Solar, "es la destitución o exclusión del tutor o curador del cargo que desempeña, efectuada por sentencia judicial, en virtud de causa determinada en la ley".

Anota el mismo autor que "la existencia de una incapacidad ignorada o que el guardador ha ocultado al tiempo de discernirle el cargo, o que después ha sobrevenido, es natural que dé lugar a la remoción inmediata del tutor o curador desde que se descubre su existencia, porque estaría desempeñando el cargo contra expresa disposición de la ley". La remoción es una consecuencia de la declaración o comprobación de la existencia de la incapacidad.

.En el proyecto del Código Civil de 1853 el señor Bello no incluía la incapacidad como causal de remoción. No obstante terminó incluyéndola, en artículo similar al 627 del Código Colombiano, de donde debe concluirse que quien ejerza una guarda siendo incapaz —y la ley no distingue entre las causales de incapacidad— debe ser removido del cargo.

No parece desatinado por tanto anotar que si un incapaz de ejercer la guarda es nombrado guardador, o llamado a servir el cargo, y pese a la incapacidad, obtiene el decreto de discernimiento, en tanto no se le remueva tiene la representación del incapaz, y que los terceros que con él contratan en ese carácter, en cuanto no se pruebe que conocen la causal de incapacidad, tienen derecho a considerarlo como legítimo representante del mismo.

Por esta circunstancia estimamos que ante el error jurídico en que se incurrió en este caso al discernir el cargo a la señora madre del incapaz, es necesario que la Corte advierta que él existe y que por tanto las personas obligadas deben promover la inmediata remoción de la guarda que ha venido ejerciendo la madre, siendo claro que si no la provocaren, corresponderá oficiosamente al Juez inciar la acción como lo enseña el Art. 630 del C. C.

Esta es una consecuencia lógica de estar establecido un procedimiento para la remoción de los guardadores, el cual es indispensable para entender que cesa la representación que se ha dado por la justicia, a cuyas decisiones da fuerza de verdad el legislador, como lo demuestra el texto del artículo 613 del C. C. cuando hace responsable al guardador de los perjuicios que sufra el pupilo por no tomar la administración en el evento de que no le sea aceptada por el juez la incapacidad alegada o la excusa por el mismo.

Es decir que Rubiela Suárez de Buitrago puede y debe ser removida de su cargo, porque dada la causal de incapacidad para servirlo por razón de su sexo y de su estado civil, no debía ser nombrada para desempeñarlo.

El segundo aspecto en este juicio, es el remate que de un bien inmueble de propiedad del pupilo, provocó Rubiela Suárez de Buitrago, una vez obtenido el decreto de discernimiento y previo el lleno de todas las formalidades propias de la enajenación de derechos inmuebles de propiedad de incapaces, y entre ellas, la intervención del defensor de incapaces.

Dentro del juicio previo que conlleva la solicitud de licencia para enajenar los derechos inmuebles de un menor, no se discute la calidad de curadora de la madre del pupilo; ella provenía de acto precedente que se había adelantado sin intervención del rematante del inmueble del pupilo y no era objeto de declaración alguna dentro de ese proceso.

La madre del menor tomó la representación de su hijo en razón de haber sido nombrada judicialmente para desempeñar la guarda legítima y no obstante la obligación que legalmente tenía de provocar su remoción, como consecuencia de la causal de incapacidad antes expuesta, ella era, en virtud del decreto de discernimiento, la persona autorizada para actuar a nombre del hijo menor Cardona Suárez.

En tal proceso, solamente se analizaba si era conveniente o no a los intereses del pupilo la venta o enajenación del mentado derecho inmueble. La justicia, por haber

hallado probada esta circunstancia, autorizó su venta en subasta pública, la cual se efectuó con los requisitos legales del caso.

La necesidad o utilidad en la venta es la condición que la ley pone para que el juez autorice la enajenación de bienes inmuebles del pupilo. La ley no permite invocar otra causa, pero si el juez autoriza esa venta, en vista de las pruebas que se le presentan y luego de cumplir las formalidades propias del procedimiento, su decisión no puede menos de producir efectos, y en todo caso queda amparada por la presunción de legalidad y acierto a que antes hicimos referencia.

De allí que Aubry y Rau (Tomo 1º, página 704, 5ª Edición) refiriéndose a la autorización que debe dar el Consejo de Familia, observen: "Pero cuando el acuerdo contiene a este respecto, la declaración exigida por la ley, la venta no puede ser anulada en perjuicio de terceros de buena fe, so pretexto de que no existía en realidad ni causa de necesidad absoluta, ni utilidad evidente".

No se diga que esta posición podría beneficiar los acuerdos entre guardador y comprador, pues en tal caso se enfrentaría el pupilo a un delito del cual mal podía pretender sacar beneficio una de las partes. Ya, el acto o contrato, sería anulable por causa distinta de la falta de cumplimiento de las formalidades establecidas en favor del incapaz.

Por ello, Claro Solar (Tomo IV, página 351) expresa: "La utilidad o necesidad que sirve de causa a la enajenación o gravamen, cae bajo la apreciación del juez, quien debe exigir que se le acredite su existencia en forma inequívoca; si el juez encuentra que existe la causa invocada por el tutor o curador en el momento en que expide su decreto y autoriza la enajenación o gravamen, el tutor o curador puede válidamente proceder a celebrar el acto y el tercero que contrata con el tutor o curador, o que compra en pública subasta el inmueble del pupilo, cuya venta ha autorizado el juez, puede estar completamente seguro de que el contrato no puede adolecer de vicio que lo anule".

Consecuente con estos principios, el artículo 515 del C. C. pone de presente que el acto o contrato realizado aún por quien ejerza el cargo de tutor o curador sin serlo verdaderamente, pero creyendo serlo, es oponible al pupilo y lo obliga en cuanto le hubiere reportado ventaja, siendo en tal caso quien se dio por guardador responsable en frente del pupilo.

De otra parte, el artículo 1745 del Código Civil, armónico con el sistema, manda que "los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, **no podrán declararse nulos ni rescindirse, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes**" (hemos subrayado).

Si se cumplen las formalidades establecidas para la realización de un acto, en consideración a la incapacidad de una de las partes, el tercero que adquiere un bien del pupilo en subasta pública, no tiene necesidad de informarse de la causa que motiva el contrato, ésta es carga que la ley impone al juez y que resulta anormal hacer recaer sobre el tercero que acepta la invitación que le hace la justicia de concurrir a subastar un inmueble de propiedad del incapaz. Ese tercero cumple con las obligaciones a su cargo verificando que se solicitó y obtuvo legalmente la licencia previa. En el caso de autos se ha visto que fue solicitada la licencia por quien había obtenido de la justicia una autorización para ejercer el cargo de curador del menor, por lo cual no era necesario verificar por parte del tercero que se presentaba a la subasta amparado en la verdad de esas decisiones judiciales, la causa de la venta.

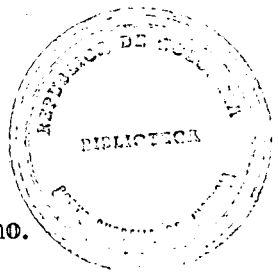
Don Fernando Vélez anota con razón que "si los contratos de un incapaz se celebran observando las formalidades que requiere la incapacidad y ellos por su espcie no adolecen de vicio, serán completamente válidos cualesquiera que sean sus consecuencias. Esto como se ha observado, deroga la restitución **in integrum** del Derecho antiguo, que era perjudicial porque permitía deshacer un contrato válidamente celebrado, siempre que el incapaz o menor justificase que con él se le había perjudicado" (Fernando Vélez, Tomo VI, Pág. 408).

La representación del incapaz, que a juicio de la mayoría de la Sala era deficiente por razón de la incapacidad de que adolecía la guardadora que solicitó y obtuvo la licencia de enajenación, en cuanto a la subasta se refiere estaba desempeñada por el juez que llevó a cabo y aprobó el remate (Art. 741 del C. C.) y no por dicha guardadora incapaz. Por consiguiente, quien remató el inmueble no tenía porqué dudar que estaba adquiriéndolo válidamente y esa actuación de buena fe debía protegerse.

Las consideraciones anteriores nos sirven de fundamento para separarnos de la decisión del resto de la Sala, cuyas conclusiones deploramos no compartir y por ello salvamos el voto.

Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

José María Esguerra Samper, León Posse Arboleda, conjuez.



PROMESA DE CONTRATO

Casación per saltum. — Error de derecho.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 14 de agosto de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por **Lucila Riveros vda. de Parra, Hernando, Jaime y Guillermo Parra Riveros** frente a **Carlos Alfonso Parra Martínez.**

I

Antecedentes

1. Mediante documento privado de 15 de marzo de 1965, los citados Lucila Riveros vda. de Parra, Hernando, Jaime y Guillermo Parra Riveros y Carlos Alfonso Parra Martínez celebraron el contrato de promesa, cuyas cláusulas fundamentales son:

a) Los cuatro primeros se obligaron a vender al último y éste a comprar a aquéllos, el globo de terreno "Tapita", situado en jurisdicción del Municipio de Facatativá, con superficie de 69 hectáreas 5.800 metros cuadrados, comprendido dentro de las alindaciones que en dicho documento se consignan;

b) Acordaron como precio de la venta prometida la suma de $ 270.000.00, de los que Parra Martínez entregó $ 20.000.00 en aquel acto a los prometientes vendedores, quienes entonces declararon haberlos recibido a su entera satisfacción "en calidad de arras, con las consecuencias legales", y comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 61.000.00 el 15 de agosto de 1965, y cinco cuotas semestrales de $ 42.630.00 cada una, a partir del 15 de febrero de 1966 fecha en que se debía cancelar la primera;

c) Obligóse el prometiente comprador a constituir en la misma escritura de perfeccionamiento de la compraventa prometida y sobre el mismo bien, hipoteca de primer grado a favor de los vendedores, en garantía del saldo del precio que para entonces restara;

d) Por la cláusula quinta del contrato, estipularon los intervinientes que el pacto prometido se debía perfeccionar, mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, a las tres de la tarde del 16 de agosto de 1965 en la Notaría 7ª de Bogotá, día siguiente hábil al en que Parra Martínez debería cancelar el segundo contado del precio; y

e) Finalmente los prometientes vendedores entregaron desde esa misma fecha a su prometiente comprador el inmueble cuya enajenación le ofrecieron, y quien entonces expresó haberlo "recibido a su entera satisfacción".

2. Posteriormente los contratantes convinieron modificar algunas estipulaciones del pacto anterior, y así lo consignaron en documento privado por ellos suscrito el 5 de agosto de 1965, en el cual acordaron:

a) Que el pago de la suma de $ 61.000.00 lo hiciera el prometiente comprador el 2 de noviembre de 1965; b) Que las 5 cuotas sucesivas de $ 42.630.00 las cubriera semestralmente a partir del 1º de mayo de 1966, fecha en que debía cancelar la primera de ellas; y c) Que, consecuencialmente, "la fecha fijada por la cláusula quinta de la expresada promesa de compraventa para extender la correspondiente escritura públi-

ca... se transfiere para el día 2 de noviembre de 1965, escritura que se extenderá ese día a las 3 p. m. ante la Notaría 7ª de Bogotá".

3. Llegados el día y la hora acordados últimamente para formalizar la compraventa prometida, todos los prometientes vendedores se presentaron en la Notaría 7ª y otorgaron la escritura pública Nº 4967 de 2 de noviembre de 1965, en la cual hicieron constar:

a) Que comparecieron a dicha oficina y estuvieron presentes allí desde las 3 hasta las 6 de la tarde de ese día, con el fin de dar cumplimiento al contrato de promesa "sin que por su parte se hubiese hecho presente el prometiente comprador"; b) Que estuvieron listos a suscribir "la correspondiente escritura pública de transferencia a favor de Carlos Alfonso Parra Martínez"; y c) Que presentaron al notario los certificados "de paz y salvo por impuesto sobre la Renta y Complementarios".

III

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la causa petendi los que se consignan en los antecedentes relatados, Lucila Riveros vda. de Parra, Hernando, Jaime Enrique y Guillermo Parra Riveros demandaron ante el Juzgado Civil Municipal de Facatativá a Carlos Alfonso Parra Martínez, a efecto de que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que está resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa de compraventa acordado por ellos y contenido en documentos de 15 de marzo y 5 de agosto de 1965; b) Que el prometiente comprador quedó incurso en la pérdida de la suma de $ 20.000.00, entregada por él como arras del pacto; c) Que, consecuencialmente, el demandado debe restituir a los demandantes el inmueble "Tapita", distinguido por los linderos especiales que la demanda consigna; y d) Que igualmente se lo condene al pago de los perjuicios provenientes de su incumplimiento y las costas procesales.

2. El demandado, en su contestación al libelo, se opuso a las pretensiones de sus demandantes; en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la celebración de la promesa de compraventa, pero agregó que fue modificada en términos distintos a los que se indican en la demanda, tanto en lo referente al precio como en los plazos para el pago; y, finalmente aseveró que aquéllos no le entregaron el inmueble "por lo cual tuvo que requerirlos judicialmente, y todavía el 6 de septiembre de 1965, no se le había hecho la entrega".

3. A su vez formuló demanda de reconvención en la cual expone los hechos que, en síntesis, son los siguientes:

a) En el contrato de promesa ajustado el 15 de marzo de 1965 y modificado el 5 de agosto siguiente, los prometientes vendedores, mediante la cláusula 8ª, se obligaron a entregar materialmente al prometiente comprador desde aquella fecha el predio denominado "Tapita", cuyo dominio le prometieron transferir por el precio de $ 270.000.00;

b) Sin embargo de que en el documento respectivo se consignó el cumplimiento de dicha obligación, los contrademandados no entregaron a Parra Martínez el predio prometido en venta a pesar de haber sido requeridos judicialmente, por lo cual le han causado perjuicios en cuntía superior a $ 25.000.00;

c) El prometiente comprador, con previa autorización de sus demandados, canceló en la Tesorería de Facatativá la suma de $ 24.357.18 debido por éstos, por concepto de impuesto predial de algunos inmuebles suyos; $ 1.506.00 correspondientes a la mitad de gastos notariales; y los honorarios profesionales "que se obligaron a pagar a Riveros v. de Parra y Parra Riveros"; y

d) "Los demandados Riveros v. de Parra y Parra Riveros —dice la contrademanda en el hecho 5º— se hallaban en incapacidad de otorgar la escritura por la cual transferían el dominio del predio 'Tapita', el 2 de noviembre de 1965, por carecer de los documentos necesarios para tal fin y haberle manifestado a Parra Martínez que carecían del certificado de paz y salvo de impuestos municipales y 'Car', y certificado catastral, por el segundo semestre de 1965, motivo por el cual mi mandante no compareció a la Notaría 7ª de Bogotá; además por no haber

cumplido los prometientes vendedores con sus obligaciones".

4. Apoyado en estos hechos, pide el contrademandante que con citación de Lucila Riveros vda. de Parra, Hernando, Jaime Enrique y Guillermo Parra Riveros se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que los demandados están en mora de cumplir las obligaciones contraídas por ellos en el contrato de promesa de compraventa suscrita el 15 de marzo de 1965, modificado por documento de 5 de agosto siguiente; b) Que se les condene a cumplir todas y cada una de las obligaciones que según dicho pacto adquirieron en favor del demandante; c) Que, consecuencialmente, están en el deber de pagar a éste todos los perjuicios causados con el incumplimiento; d) Que adeudan a Parra Martínez la suma de $ 28.363.18 por concepto de impuestos y gastos, la cual "debe deducirse de la parte del precio de la venta en virtud de compensación"; e) Que los demandados "estaban en imposibilidad legal" de otorgar el 2 de noviembre de 1965 el título traslaticio del dominio del fundo "Tapita"; y f) Que éstos quedan incursos en las costas, en caso de oposición.

5. Oportunamente los contrademandados contestaron el libelo de mutua petición. Afirmaron que las pretensiones en él invocadas "son inconducentes" porque el demandante "afirma en forma irresponsable hechos contrarios a la estipulación contractual y pretende disculpar su incumplimiento en que no se le ha entregado un inmueble que recibió a su satisfacción desde el 15 de marzo de 1965".

6. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 21 de abril de 1969, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demanda principal y denegó las impetradas por el reconveniente.

7. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo de 14 de agosto de 1970, confirmó las decisiones contenidas en el apelado, salvo la relacionada con la pérdida de las arras, la cual negó, e impuso las costas de la instancia al recurrente.

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, expresa el juzgador **ad-quem** que como la relación procesal está regularmente constituida por concurrencia de todos los presupuestos indispensables para ello, y que como además no observa causal de nulidad que invalide la actuación, se impone el pronunciamiento de un fallo que decida en el fondo el problema planteado a la justicia.

2. Amparado en este razonamiento inicial, el sentenciador acomete el análisis de las pruebas aducidas por los litigantes, discriminándolas, y luego de extractar su contenido pasa a deducir los hechos que ellas demuestran.

En esa tarea, el Tribunal considera en primer lugar los documentos suscritos por los querellantes el 15 de marzo y el 5 de agosto de 1965, contentivos del contrato de promesa de compraventa acordado y de las modificaciones hechas a él: resume sus cláusulas fundamentales; concreta las obligaciones que de dicho pacto surgieron para los contratantes; y determina la forma y el tiempo en que debían cumplirlas. Se refiere a la escritura Nº 4967 de 2 de noviembre de 1965, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, y dice que ella acredita la no comparecencia del demandado a recibir la escritura de transferencia del inmueble, tal cual estaba pactado; alude a la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso, y al dictamen rendido en ella por los peritos designados, elementos de prueba éstos que a juicio del **ad-quem** demuestran la identidad del predio y la entrega que de él hicieron los demandantes al demandado, desde marzo de 1965, quien está poseyéndolo desde entonces "por tener cultivos de su propiedad dentro de la finca".

Seguidamente, el fallador se detiene en el estudio de la posición asumida por el demandado, en especial en lo referente a las afirmaciones de hecho contenidas en la demanda de reconvención. Observa al punto que para justificarlos, fuera de la inspección judicial y el peritaje ya referidos, el

contrademandante "se abstuvo de presentar otras pruebas distintas al original del contrato de promesa de compraventa y la prórroga acordada en el plazo, que son los mismos documentos que en copia acompañaron los demandantes y la actuación de un requerimiento hecho al señor Hernando Parra Riveros por medio del Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá".

3. Conclusiones de esta parte de su estudio son, para el Tribunal, las de que "es manifiesta la falta de prueba de los hechos alegados por el contrademandante para sustentar su acción y en cambio está suficientemente demostrado que el señor Parra no concurrió a la Notaría en el día y la hora pactados para dar cumplimiento a sus obligaciones; que se halla en posesión del inmueble negociado, pues así lo constató el Juzgado y así lo dictaminaron los peritos; y que por lo tanto, tienen suficiente derecho los demandantes para pedir la resolución del contrato por incumplimiento del prometiente comprador de acuerdo con lo que prevé el Art. 1546 del C. C., con las consecuencias que dicha resolución conlleva".

IV

La demanda de casación

1. Contra la sentencia extractada interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el censor le formula un solo cargo.

Su planteamiento es del siguiente tenor: "El Juzgado y el Tribunal erraron de derecho y de hecho en la apreciación del contenido de la escritura Nº 4967 de 2 de noviembre de 1965 de la Notaría 7ª de Bogotá, violando el Art. 1759 del C. C. al darle pleno valor probatorio al citado instrumento, que lo indujo a aplicar indebidamente el Art. 1546 del C. C. con olvido de las disposiciones contenidas en los Arts. 1608, 1609 y 1615 del C. C., declarando al demandado constituido en mora".

2. En desarrollo del cargo el impugnador, después de transcribir las cláusulas pertinentes de la citada escritura Nº 4967 de 2 de noviembre de 1965, asevera que dicho instrumento lo único que demuestra es la comparecencia de los demandantes a la Notaría el día y la hora en él indicados, la no presentación del demandado en ese lugar, y el hecho de que los primeros exhibieron sus certificados de paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios; pero que por él el notario no da fe, ni podía darla, de si los comparecientes exhibieron el documento contentivo de la promesa de venta y el de sus modificaciones; "ni que hubieran presentado la minuta de venta, ni el certificado catastral de paz y salvo por concepto de impuesto predial y 'CAR', indispensable para el otorgamiento de la escritura de venta".

Y luego de detenerse, apoyándose en el concepto de tratadistas nacionales en el punto, en consideraciones relacionadas con el alcance del artículo 1759 del Código Civil, afirma el censor que "el juzgado y el Tribunal", al dar por cierto hechos afirmados unilateralmente, violaron ostensiblemente dicho precepto, puesto que amparados únicamente en ese instrumento tienen por verdadero que los demandantes cumplieron todos los requisitos que para el otorgamiento de una escritura de venta exige la ley. "No habiendo demostrado los demandantes —agrega el censor— haber cumplido con esos requistos, el Juzgado y el Tribunal, por errónea interpretación de la prueba acompañada a la demanda, documentos de 15 de marzo de 1965, 5 de agosto de 1965 y escritura 4967 de 2 de noviembre de 1965 de la Notaría 7ª de Bogotá, incurrió (sic) en error de derecho, que lo indujo a aplicar erróneamente la disposicicón contenida en el Art. 1546 del C. C.".

3. Emprende en seguida el impugnante la tarea de demostrar el error de hecho que le imputa al Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Al efecto, después de hacer algunas consideraciones en torno a la excepción de contrato no cumplido que consagra el artículo 1609 del C. C., expresa que en el proceso existe la prueba del requerimiento judicial que el prometiente comprador debió hacerle a Hernando Parra Riveros, condueño de la finca y quien entonces la detentaba por intermedio de arrendatarios, según lo reconoce en carta de 10 de junio de 1965, pa-

ra que procediera a la entrega material, medios de prueba éstos que a pesar de haberlos acompañado a la demanda de reconvención no los valoraron los juzgadores de instancia, "pues se dieron como ciertas las afirmaciones unilaterales de los demandantes", "y por tanto los desecharon de una sola plumada, y no hicieron el estudio comparativo de rigor, incurriendo en error de hecho, error que es patente y manifiesto".

4. Rematando la formulación del cargo, asevera el censor que "el Juzgado y el Tribunal al apreciar erróneamente la prueba de los demandantes incurrieron en error de derecho y al dejar de apreciar la prueba del demandado incurrieron en error de hecho, violando los artículos 1759, 1608 y 1609 del C. C., lo cual los condujo a aplicar indebidamente la disposición contenida en el Art. 1546 del mismo Código".

V

Consideraciones de la Corte

1. Por cuanto el opositor en el recurso estima que el cargo está llamado a fracasar por defectuosa formulación técnica del mismo, ya que, dice, mediante él se acusan las sentencias de primero y segundo grados y además se denuncia simultáneamente, en relación con las mismas pruebas error de hecho y de derecho, se impone definir primeramente este punto.

2. En el sistema procesal civil que rigió en Colombia hasta el 30 de junio de 1971 imperó el principio según el cual el recurso de casación estaba reservado para impugnar las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, en los procesos de la naturaleza y la cuantía indicadas por la ley al respecto. Lo cual significa que este recurso extraordinario era absolutamente improcedente para acusar los fallos de primer grado, o los que siendo de segunda instancia no eran dictados por esas entidades.

El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, mediante su artículo 366 conservó en su esencia el principio indicado, pero atemperó su rigorismo al consagrar en el artículo 367 la casación per saltum, por virtud de la cual, aunque sólo con fundamento en la primera de las causales de casación, es hoy posible impugnar por este medio las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces de circuito, en determinada clase de procesos, cuando las partes manifiestan en la oportunidad indicada por esta norma su acuerdo de prescindir de la apelación.

No tratándose pues, como ocurre en el caso **sub-lite**, del evento de casación **per saltum**, la materia del recurso extraordinario es la sentencia del Tribunal proferida en segunda instancia, la cual por tanto constituye el único objetivo de la impugnación por el recurrente y del juzgamiento por parte de la Corte Suprema, la que, en el ámbito de cualquiera de las causales en que puede fundarse el recurso y dentro de los límites que le trace la acusación, se limita a decidir si ese pronunciamiento de segundo grado es o no violatorio, ora de la ley sustancial, ora de las normas procesales que consagran garantías de orden público; y si se da la primera hipótesis, casará el fallo recurrido y convertida en juzgador **ad-quem** pronunciará la sentencia que en derecho corresponda.

3. Es cierto que, como lo ha expuesto reiteradamente la doctrina de la Corte, no se ajusta a la técnica del recurso de casación acusar la misma prueba, en el mismo cargo y respecto del mismo punto, por error de hecho y de derecho simultáneamente, pues resulta contradictorio que la acusación se produzca en ambos sentidos, desde luego que la impugnación por yerro de valoración legal supone necesariamente que la prueba existente materialmente en el proceso ha sido estimada; lo que, consiguientemente, impide hablar de error de hecho, el que implica desconocer la prueba que obra en el proceso o dar por existente en él una que allí no existe.

4. Al través de toda su demanda el recurrente expresa que acusa "las sentencias proferidas por el Juzgado Civil de Facatativá y por el Tribunal Superior de Bogotá"; y al plantear el cargo que formula, imputa a los juzgadores "error de derecho y de hecho en la apreciación de la escritura Nº 4967 de 2 de noviembre de 1965". Tal manera de concebir la demanda de casación no se ajusta, ciertamente, a la preceptiva técnica del recurso, según lo que se ha dejado expuesto.

Mas, como en el evento que aquí se contempla, tal cual ha quedado dicho, este recurso extraordinario es medio para impugnar la sentencia del Tribunal y no la de primera instancia; y como de otra parte al desarrollar el cargo el censor concreta, separándolas, las pruebas que en su sentir fueron erróneamente ponderadas por el juzgador de las que considera no apreciadas por éste, la Corte entiende que la acusación va contra la sentencia de segundo grado y que se funda en error de derecho frente a ciertas pruebas y de hecho en relación con otras.

Con este entendimiento procede a estudiar el cargo, puesto que la índole formalista del recurso de casación no puede llegar hasta impedirle decidirlo en el fondo, desde luego que debe atender más a su contenido qué a las palabras en que viene expresada la acusación.

5. Exhaustivamente ha dicho la jurisprudencia de la Corte, que el error de derecho tiene lugar cuando a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al evaluar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les asigna. En tal ocurrencia es deber del censor señalar el precepto de disciplina probatoria infringido por el sentenciador, demostrar la existencia del yerro y precisar su incidencia en el fallo.

Y reiteradamente también ha dicho la doctrina que el error de hecho en la apreciación de las pruebas ocurre, en cambio, cuando el fallador no vio la que obra en el proceso o supuso la que no existe en él, 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, en tal supuesto, puntualizar cada uno de estos yerros y demostrar 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.

6. Siguiendo el sistema de la tarifa legal de pruebas, que era el dominante en el Código Judicial que rigió hasta el 30 de junio de 1971 y por ende aplicable cuando se profirió el fallo aquí impugnado, en el error de derecho podían incurrir los Tribunales al ponderar en su valor legal los medios para los que dicha ley determinaba su mérito probatorio. Empero, como el Código de Procedimento Civil que entró en vigencia el 1º de julio de ese año, aunque conservó la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los medios de prueba, como exigencia indispensable para que el litigante contra el cual se oponen los conozca y pueda por tanto contradecirlos, en lo referente a su apreciación consagra como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente, pues subsiste sin embargo en casos como en el que el sentenciador aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o en el que, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa en su eficacia por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; cuando exigiéndose por la ley un medio de prueba específico para demostrar determinado hecho o acto jurídico, el fallador no le atribuye a dicho medio el mérito señalado o se lo otorga a uno distinto; y cuando le da valor probativo a un hecho que la ley expresamente prohibe para el caso.

7. Analizando la escritura Nº 4967 de 2 de noviembre de 1965, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, dijo el Tribunal que ella acredita plenamente que los prometientes vendedores comparecieron en esa fecha a esa oficina pública "para otorgar la correspondiente escritura, sin que por su parte se hubiera hecho presente el prometiente comprador, como estaba obligado".

El "error de derecho" en que habría incurrido el sentenciador al apreciar esta prueba, lo hace consistir la censura, sustancialmente, en que atribuyó el valor de plena prueba a dicho instrumento para dar por

demostrado el cumplimento de los demandantes en todas sus obligaciones. Y no acredita —dice— que éstos "hubieran presentado la minuta de venta, ni el certificado catastral de paz y salvo por concepto de impuesto predial y 'CAR', indispensables para el otorgamiento de la escritura de venta".

A más de que el sentenciador no dijo lo que el recurrente afirma, como claramente se infiere del resumen que de su sentencia se hizo, 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 asevera el impugnador, el Tribunal tergiversó la prueba respectiva haciéndola decir lo que no expresa, el desacierto del fallador al estimar este medio, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entrañaría un error evidente de hecho y no de derecho. No se funda esta censura, en efecto, en que el Tribunal, al ponderar la eficacia probatoria de la citada escritura pública le hubiera atribuido un mérito que la ley no le concede o negado el que ella le asigna, sino en que al apreciarla adicionó su contenido suponiendo aseveraciones que en ella no aparecen.

8. En relación con el error de hecho que en el cargo se denuncia, observa la Corte:

Se hace consistir dicho yerro en que la sentencia omitió considerar la prueba que demuestra que para que se le hiciese la entrega material de la finca prometida en venta, Parra Martínez tuvo que requerir judicialmente a Hernando Parra Riveros, prueba que, dice el censor, "fue acompañada en tiempo", a pesar de lo cual "la desecharon de una sola plumada y no hicieron el estudio comparativo de rigor".

El Tribunal, después de haber analizado el documento contentivo de la promesa de contrato, observando que mediante la cláusula 8ª el demandado expresamente confesó haber recibido el inmueble desde la fecha en él indicada; de haberse referido tanto a la inspección judicial practicada y al dictamen rendido por los peritos que en ella intervinieron, medios que a su juicio también demuestran el cumplimiento de la obligación de entrega del bien por parte de los prometientes vendedores, aludiendo a la posición asumida en el proceso por el contrademandante, afirma que éste "se abstuvo de presentar otras pruebas distintas al original del contrato de promesa y la prórroga acordada en el plazo, que son los mismos documentos que en copia acompañaron los demandantes **y la actuación de un requerimiento hecho al señor Hernando Parra Riveros por medio del Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá**". (Subraya la Corte).

Todo el contenido del fallo indica, pues, que el sentenciador sí vio y consiguientemente consideró la prueba documental presentada por el contrademandante; y que sobre los resultados del cotejo que hizo de ella con la aportada por la contraparte edificó su decisión. No se trata, por consiguiente, de que el Tribunal hubiese dejado de ver la prueba indicada en la censura, sino de que, al valorarla, no le reconoció eficacia para desvirtuar el derecho alegado en la demanda principal, que es cosa bien distinta.

De otra parte, habiendo deducido el sentenciador la entrega del predio por parte de los prometientes vendedores al prometiente comprador de varios medios de prueba, como se ha visto (confesión, inspección judicial, dictámenes periciales y documentos), la acusación de su fallo por error de hecho manifiesto en la estimación de uno sólo de ellos no podría prosperar, porque aún en el evento de existir tal yerro subsistirían, por falta de impugnación, las razones que en torno a los demás expuso el **ad-quem**, y que por ser suficientes para fundar la decisión tornan ineficaz la censura.

El cargo es pues infundado, y por consiguiente se rechaza.

VI

Decisión

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, 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 catorce (14) de agosto de mil novecientos setenta (1970), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Presunción de paternidad legítima. — Exceptio plurium constupratorum en relaciones ilegítimas. — Reforma de la Ley 75 de 1968 en cuanto a relaciones sexuales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de noviembre de 1971, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario que, por intermedio de su representante de legal, promovió la menor Marta Cecilia Castañeda contra los herederos de Rafael Genaro Sierra.

I. Antecedentes

1. En demanda que correspondió al Juez Segundo del Circuito de Pereira, Margarita Castañeda, por medio de apoderado y obrando en ejercicio de la patria potestad que tiene sobre su hija natural Marta Cecilia, solicitó se declarase que ésta es hija natural de Rafael Genaro Sierra, por lo cual tiene derecho a sucederlo.

2. Fundó sus pretenciones en que, en el año de 1962, a su finca llamada "La Bamba"; "éste llevó, para convivir con ella, a Margarita Castañeda, unión de la cual nació la menor Marta Cecilia Castañeda"; que tal convivencia perduró hasta principios del año de 1965; que en la época en que ocurrió la concepción de Marta Cecilia, existieron relaciones sexuales entre la madre de ésta y Rafael Genaro Sierra, quien dio a su amante, durante el embarazo y el parto, trato personal y social que son indicativos de paternidad; que la menor Marta Cecilia fue tratada de tal manera por su padre que tiene, respecto a él, posesión notoria del estado de hija natural; que el presunto padre falleció, siendo soltero, el 11 de mayo de 1969; y que son sus actuales herederos Blanca y Francisco Sierra Sierra y Blanca Ester Sierra Murillo.

3. Con oposición de los demandados adelantóse el primer grado del proceso que finalizó con fallo absolutorio, el que, apelado por la demandante, fue confirmado por el Tribunal Superior respectivo por medio de la sentencia de 30 de noviembre último que es la sujeta materia del recurso de casación que ahora se decide.

II. Bases del fallo recurrido

Tras de encontrar cumplidos los presupuestos del proceso y luego de afirmar que la declaración de paternidad se funda en los numerales 4º, 5º y 6º del actual texto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, acomete el sentenciador el análisis de cada una de estas tres causales para concluir que no están demostradas las relaciones sexuales, ni el trato indicativo de paternidad, ni la posesión notoria del estado de hija natural.

Expresa el **ad-quem** que como la demandante nació el 20 de febrero de 1965 y como el óbito del pretenso padre ocurrió el 11 de mayo de 1969, resulta que desde el nacimiento de aquélla a la muerte de éste transcurrieron menos de 5 años; que comoquiera que el artículo 9º de la Ley 75 de 1968 exige, para que la posesión notoria del estado civil

se reciba como prueba de dicho estado, que ésta haya durado cinco años continuos por lo menos, síguese necesariamente que, en el caso sub-lite, "la aludida causal ha de rechazarse en respeto al mandato legal". Entra luego el Tribunal a determinar si está probada una de las dos causales restantes y con tal propósito analiza las pruebas aportadas por la demandante, cuales son los testimonios de Luis Alfonso González, Rodulfa Grajales de Ríos, Francisco Javier Cárdenas, Aicardo Rico, Jesús María López y Carlos Betancourt, para concluir que "ningún testigo dice en qué basa su concepto sobre relaciones sexuales entre Sierra y Castañeda, es decir, no hacen relato de hechos o circunstancias que les permitan lógicamente producir conclusiones", por lo cual "sin tales antecedentes, debidamente vertidos, el juzgador no está en condiciones de aceptar que se justifique el pensar de quien declara y que su inferencia o deducción es realmente adecuada". Más adelante expresa el Tribunal que no está demostrado "el trato personal o social que sugiera intimidad entre el presunto padre y la madre durante el embarazo, el parto y en época posterior, la consideración fundamental de que nada distinto a ocupar una misma casa permita imaginar la posibilidad —aquí no demostrada— de una relación sexual, que ni siquiera de un acceso carnal. No es la oportunidad de relaciones lo que induce a determinar aseveraciones o efectuar condenas, sino la realidad de ellas mismas patentizadas en una serie de manifestaciones, que 'por su naturaleza, intimidad y continuidad', o 'demostrado con hechos fidedignos' (ordinales 4º y 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968) permiten, dentro de una severa crítica del testimonio, devenir a acoger una relación de tan prominentes características".

III. La impugnación

Esta consiste en tres cargos formulados dentro de la primera causal, de los cuales se encuentra fundado el primero.

Primer cargo

Denúnciase en él error de hecho manifiesto en la apreciación de los testimonios de Luis Alfonso González, María Rodulfa Grajales, Francisco Javier Cárdenas, Aicardo Rico, Carlos Betancourt, Jesús María López y Rosa Elena Castro con quebrantamiento de los artículos 596, 697, 662 y 663 del Código Judicial, que como consecuencia llevó al H. Tribunal a la violación indirecta por causa de no aplicación del ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que reformó o subrogó el artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Desenvolviendo el cargo dice el recurrente que la prueba testimonial, perfecta en cuanto a los requisitos de forma, demuestra plenamente que Margarita Castañeda permaneció en la finca 'La Bamba' durante todo el tiempo en que se presume, de derecho, la concepción de la demandante, pues habitó allí desde 1962 hasta 1965, y, después de hacer la paráfrasis de lo que cada uno de aquellos declarantes depone, manifiesta que con esa prueba quedan acreditados los dos puntos siguientes:

"a) Que Margarita Castañeda estuvo viviendo entre los años de 1962 y 1965 en la finca de Rafael Genaro Sierra, en la finca 'La Bamba' de propiedad de éste, ubicada en la Isla o Piñales, jurisdicción de Belén de Umbría, atendiendo a los oficios domésticos y a veces de la finca como ama de casa;

"b) Que durante ese tiempo no vivió en dicha hacienda ninguna otra mujer y estando allí Margarita resultó embarazada y dio a luz una niña que fue bautizada en febrero 20 de 1965 con el nombre de Marta Cecilia. Que la niña nació en la misma finca".

De lo anterior concluye entonces el censor que, "entre estos dos protagonistas —Rafael Genaro Sierra y Margarita Castañeda— existieron relaciones sexuales, única explicación razonable y lógica del nacimiento de esa niña en esa finca", por lo cual el fallador de segundo grado incurrió en error de hecho al no ver que los testigos deponían sobre ese acontecimiento.

La Corte considera

1. Como los cónyuges, por razón del vínculo matrimonial, tienen derecho recíproco de unirse en actos encaminados a la

perpetuación de la especie y como este derecho es, además, exclusivo del uno para con el otro, el legislador, de ese principio de exclusividad del trato sexual en que se funda la presunción de la fidelidad de la mujer casada, dedujo, con lógica indiscutible, que el hijo concebido por aquélla tiene por padre a su marido. No exigió entonces la ley que para tal conclusión debiera demostrarse previamente que los consortes habían tenido entre sí trato sexual en la época en que el hijo fue engendrado; y ello por la razón palmaria de que, teniendo los casados derecho pleno y recíproco sobre el campo de los actos que son fuente de la vida humana, y siendo la procreación uno de los fines del matrimonio, es apenas obvio diputar que entre los casados existen recíprocas y legítimas relaciones sexuales a partir de la unión matrimonial.

Por esa misma razón, por la facultad legal que tiene el marido de compartir con su consorte la nobilísima tarea de ser coautores de la vida humana y por presumirse que con ella la comparte, si el marido impugnase la legitimidad del hijo concebido por ella dentro del matrimonio, para triunfar en tal propósito no le bastaría demostrar que, en la época en que se presume la concepción, su mujer tuvo relaciones sexuales con otro hombre, pues, quedando abierta la posibilidad de que relaciones idénticas hubieran existido también con él, no quedaría disipada la duda sobre en cuál de esas relaciones fue concebido el hijo y quién es realmente su padre. Tal incertidumbre, en esa hipótesis, impera que se favorezca la legitimidad del hijo dando primacía a la presunción de paternidad legítima, pues el hecho de que el marido haya cohabitado con su mujer en dicha época, hace posible y probable que él verdaderamente sea el padre del hijo alumbrado por su mujer. Vése pues, en forma clara, porqué, en tratándose de filiación legítima, la impugnación de la legitimidad, salvo el caso contemplado en el artículo 215 del Código Civil, sólo puede estribarse en la comprobación de que el marido estuvo en imposibilidad de tener, en la época en que el impugnado fue concebido, relaciones sexuales idóneas para la generación.

2. En cambio, por ser situaciones diferentes, por partir de supuestos fácticos y jurídicos distintos, las reglas que dominan el territorio de la filiación natural no pueden ser idénticas.

Las relaciones sexuales extramatrimoniales, aunque pueden producir efectos jurídicos, por no realizarse al amparo de la ley, no están legitimadas. Pero como el hecho social de su ocurrencia es trascendente en la vida de los pueblos, el legislador ha reglamentado, en todo tiempo, sus efectos.

3. En el sistema que rigió con antelación a la vigencia de la Ley 75 de 1968, el hecho de tener simples relaciones sexuales con mujer soltera o viuda durante la época en que, de derecho, se presume la concepción del hijo, ninguna significación jurídica tenía en orden a establecer la paternidad. Para que tales relaciones pudieran fundar una declaración tal, exigíase que hubieran sido estables y existido de manera notoria. Relaciones sexuales que carecían de estas dos calidades o de una de ellas, no podían ser soporte de una declaración judicial de paternidad natural.

4. El nuevo sistema que hoy gobierna la materia, implantado por la Ley 75 de 1968, tiende indiscutiblemente a facilitar la investigación de esa paternidad buscando hacer efectivos los derechos que tiene todo sér humano de conocer quiénes son sus padres y de que se le reconozca la totalidad de las ventajas que deben emanar de la filiación. En pos de esa meta, la citada ley, modificando lo que en el punto establecía el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, concede efectos jurídicos a las simples relaciones sexuales llevadas a cabo durante la época en que se presume realizada la concepción, sin requerir que aquéllas revistan necesariamente condiciones de notoriedad y estabilidad. En el sistema imperante, demostrado que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales en esa época, tal hecho es suficiente para presumir la paternidad natural de aquél y para que haya lugar a declararla judicialmente. No requiérese ahora que esas relaciones sean notorias y estables; basta que hayan ocurrido y que su ocurrencia esté demostrada para que tal suceso sea indicador de paternidad natural que el juez debe decla-

rar, excepto en el evento de comprobarse, ya la imposibilidad física en que estuvo el presunto padre para engendrar durante el tiempo en que tuvo lugar la concepción, ya hechos constitutivos de la excepción llamada plurium constupratorum, consistente en que la madre tuvo, en la misma época, relaciones sexuales con otro u otros hombres.

Esta reforma, que algunos encuentran excesiva, vino a corregir manifiestas injusticias que la legislación anterior, por su severidad, había propiciado. Hoy, el hijo de madre soltera o viuda que haya tenido, secretamente y en forma ocasional, relaciones sexuales de las que resultó embarazada, puede promover el proceso correspondiente para que se declare la paternidad natural de quien tuvo con ella el trato sexual referido.

La declaración puede demandarse hoy con apoyo en la existencia de relaciones sexuales, ya sean estables, mas no ostensibles; ora sean notorias, mas no estables; y finalmente, aunque no sean ni lo uno ni lo otro.

Actualmente, si se demuestra que entre el demandado y la madre soltera o viuda existieron relaciones de la estirpe indicada durante la época en que ocurrió la concepción del hijo, ese hecho es base suficiente para inferir y declarar judicialmente, con solo apoyo en él, la paternidad natural respectiva. Salvo los casos de excepción consagrados expresamente en la ley.

5. Tanto frente a lo que imperaba la Ley 45 de 1936 (último inciso del artículo 4º), como frente a lo que hoy dispone la Ley 75 de 1968 (último inciso del numeral 4º del artículo 6º), doctrina y jurisprudencia nunca vacilaron en sostener de consuno, ni ahora vacilan, que no se puede declarar la paternidad natural del demandado, si éste acredita que durante la época en que pudo ser concebido el presunto hijo, la madre tuvo "relaciones sexuales" con otro hombre, así estas "relaciones" estuvieran constituidas por un solo ayuntamiento. Estríbase la excepción en que acreditándose que más de un hombre tuvo trato sexual con la misma mujer en la época de la concepción, de tal acontecer emerge incertidumbre evidente para saber cuál de ellos es verdaderamente el padre. En estado de perplejidad queda el juez, en tal evento, para determinar cuál de quienes tuvieron ese trato carnal con la madre, es el progenitor del hijo dado a luz por ella.

Y aunque la ley al consagrar la excepción dicha hablaba de prueba de "relaciones carnales" y el ordenamiento vigente exige "relaciones de la misma índole", nunca, en ningún momento, ni la jurisprudencia ni la doctrina entendieron que se requiriera más de una relación sexual para fundar válidamente la excepción. Las palabras de la ley, a pesar de estar usadas invariablemente en plural, indican, sin que ello deje márgenes de duda, que si el demandado demuestra que la madre del hijo demandante, en la época en que éste debió ser concebido, tuvo siquiera una sola vez trato sexual con otro hombre, quedan probadas las "relaciones de la misma índole", o las "relaciones carnales" a que refiérense los preceptos citados y, por tanto, demostrada la exceptio plurium constupratorum que impide hacer declaración judicial de paternidad natural.

6. La modificación formidable que propició la Ley 75 no sólo cubrió el campo indicado, sino que fue más lejos al disponer que si el presunto padre natural "por actos positivos acogió al hijo como suyo", entonces carece de valor demostrar ya la imposibilidad física para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, ora la dicha exceptio plurium constupratorum. Las manifestaciones inequívocas de paternidad que entrañan certeramente el acogimiento del hijo, están revestidas del poder singular de enervar la fuerza desquiciante de las dos excepciones dichas. En tal virtud, para el presunto padre natural que ha acogido al hijo como suyo, los dos hechos erigidos como medios para defenderse de una declaración de paternidad natural, dejan de tener la eficacia propia que les señala la Ley 75 en el numeral 4º de su artículo 6º.

7. Aunque ello parezca excesivo, es claro y sólido su soporte. Quien por actos propios de significación inequívoca acoge como suyo a un hijo, tácitamente está renunciando a la facultad que, en principio, le concede la Ley 75 de presentar, durante el proceso de investigación de la paternidad natural, las dos excepciones que tienen poder suficiente para desquiciar la presunción de paternidad natural fundada en la existencia de relaciones sexuales. Conclúyese, en-

tonces, que si al acreditar que el presunto padre, por actos positivos, acogió al hijo como suyo, es motivo suficiente para que las excepciones de imposibilidad de engendrar y de pluralidad de uniones carnales pierdan totalmente su fuerza defensiva, síguese que si acreditada la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción, se comprueba además que el pretenso padre, por actos positivos, acogió al hijo como suyo, la presunción de paternidad en ese caso se hace inexpugnable.

8. En la especie de esta litis tiénese que los declarantes, en su mayoría gente humilde del campo, aunque no muy expresivos por la cortedad de su lenguaje, deponen sobre hechos que permiten inferir plenamente que, en la época de la concepción, existieron relaciones sexuales entre la madre y el padre presunto de la demandante.

En efecto:

Aicardo Rico García (Fl. 23, C. 4º), quien trató a Rafael Genaro Sierra por cerca de 15 años, pues tenía predio colindante al suyo y fue su amigo, dice que frecuentemente "iba a la finca cuando se le enfermaba un ordeñador"; que en el año de 1962 llegó hasta allí Margarita Castañeda y se quedó hasta 1965; que cuando Rafael Genaro se ausentaba "la encargada de la casa o del cuidado de ésta como ama, era la mentada Margarita Castañeda"; que durante aquel tiempo "el citado Sierra **cohabitaba** con la señora Margarita", quien lo acompañó desde su llegada; que luego quedó allí embarazada y en febrero de 1965 nació la niña en la finca. Explica que "...yo era el amigo fiel de don Rafael Genaro Sierra, ya que para cualquier cuestión me mandaba llamar, motivo por el cual tengo conocimiento de lo que se me pregunta y declaro en forma personal". Finalmente añade que como Margarita quedó embarazada allí y allí mismo nació la niña, "el citado Sierra reconoció a esta criatura como a su hija" y que todas las atenciones de parte de Sierra para Margarita como "para su hija duraron por parte del señor Rafael Genaro Sierra desde 1962 y después del nacimiento de la niña hasta que él mismo falleció". "Yo me di cuenta de ésto —agrega— porque iba con mucha frecuencia a la finca... semanalmente iba dos o tres veces... cuando yo no iba él me mandaba llamar..."

Rosa Elena Castro de Marín (Fl. 44, C. 4º), manifiesta que conoció a Rafael Genaro Sierra en un paseo que hizo a la finca de éste, invitada por él, y que allí estaba Margarita Castañeda; que luego lo siguió tratando en el almacén que ella tenía en La Virginia. Afirma en seguida que "en varias ocasiones volví a la finca del señor Sierra y pude darme cuenta de que él trataba a Margarita Castañeda o Castaño con gran familiaridad **como si fuera su mujer**. Esta desempeñaba todos los destinos de la cocina..." "En 1965 fui a la finca del señor Tocayo Sierra y lo vi cargando una niñita de brazos y me dijo delante de una hija mía de nombre Adiela Marín que nos presentaba la heredera. Exactamente me dijo: Le presento mi nueva heredera, refiriéndose a la niña que tenía en brazos".

Luis Alfonso González C. (Fl. 11, C. Nº 4º), quien trató por cerca de 12 años a Rafael Genaro Sierra porque le dio ganados a utilidades y tuvo finca colindante de la suya, expresa que Tocayo Sierra vivía en su finca del paraje La Isla; que de 1962 a 1965 vivió allí también Margarita Castañeda, "quien era la única mujer que vivía en dicha finca y la que se entendía con todo en dicha finca, era la que velaba también por todo cuanto Rafael Genaro necesitaba, comida, arreglo de ropa, etc., y él velaba por ella en todo cuanto ella necesitaba, siendo la única mujer que lo acompañaba y prácticamente **ellos vivían allí como marido y mujer**". Que Margarita Castañeda, en el tiempo dicho, dio a luz allí una hija "de la cual decía el citado Rafael Genaro que era hija de él y de la citada Margarita Castañeda, la cargaba y velaba por dicha niña como hija de él". Al ser contrainterrogado dijo: "Margarita Castañeda fue a vivir a la finca de Rafael Genaro Sierra, no recuerdo bien, pero eso ocurrió por el año de 1962 y vivió entre este año y el de 1965"; agrega que "en cuanto a si la señora Margarita llegó o no embarazada en ese entonces a la finca de Rafael Genaro Sierra, no lo sé decir con certeza, pero la verdad es que la conocí embarazada en la citada finca". Que, por siete años, fue en incontables veces de día y algunas de noche. Y al responder a la

repregunta atinente a por qué sabía que Sierra sostenía a la niña y a la madre, expresó "por cuanto ella vivía allí en la casa principal de la finca mencionada con la niña y conviviendo con el citado Sierra".

Francisco Javier Cárdenas (Fl. 20, C. 4º), quien por cerca de 13 años trató a Rafael Genaro Sierra, vivía vecino, como a 8 cuadras, depone que como él "era el ordeñador de la finca, iba a diario. Cuando yo fui a la finca de propiedad del señor Genaro Sierra, allí se encontraba la señora Margarita Castañeda quien vivía con el mentado Sierra" ... Que no recuerda ni la fecha en que ella empezó a trabajar allí, ni la en que él lo hizo pero que ella "en todo caso estuvo por espacio de tres años en esa región". "No sé si cuando la señora Margarita fue a la finca estaría o no embarazada, ya que ella fue primero que yo, ella ya estaba viviendo con él... a los quince días de yo haber llegado nació la niña", y finalmente que Rafael Genaro "manifestaba públicamente que la niña era hija suya".

Carlos Betancur Córdoba. (Fl. 34, C. 4º), asevera: "yo fui por primera vez a la finca en el año de 1963 donde conocí a Margarita Castañeda", a donde solía ir "para colaborar con él en la administración del ganado". Dice que allí quedó embarazada aquélla y dio a luz; que el mismo Rafael Genaro Sierra "me dijo que había nacido la niña, que era hija suya y que vivía con la mamá".

9. No obstante la cortedad de palabras de los deponentes, sus testimonios permiten inferir, sin lugar a dudas, que entre Margarita Castañeda y Rafael Genaro Sierra existieron relaciones sexuales de las que nació la demandante, por lo cual debe ser declarado padre natural de ésta. Además existe prueba de que el presunto padre natural, por actos positivos, acogió a la hija como suya.

No vio el Tribunal, pues, que los testigos, al afirmar que Rafael Genaro Sierra "cohabitaba" con Margarita Castañeda, que la trataba "como si fuera su mujer", que "convivían" en la misma finca, estaban afirmando la existencia de relaciones sexuales que se prolongaron, como ellos lo expresan, de 1962 a 1965, por lo cual incurrió en error evidente de hecho que obliga a la Corte a casar la sentencia recurrida y pronunciar la que debe sustituirla, a lo cual procede, por estar satisfechos los presupuestos procesales.

Como quedó antes analizado, desde el año de 1962 Rafael Genaro Sierra y Margarita Castañeda iniciaron relaciones sexuales en la finca "La Bamba", de propiedad de aquél, trato carnal que se prolongó hasta 1965.

Con la copia del acta eclesiástica, pues obra a folios 2 del cuaderno primero el competente certificado del Notario de Anserma de que no fue inscrito el nacimiento de Marta Cecilia Castañeda, hija de Margarita, se prueba que la primera nació el 20 de febrero de 1965.

Tomando esta fecha del alumbramiento como punto de partida y dando aplicación a la regla del artículo 92 del Código Civil, resulta que durante la época de la concepción de Marta Cecilia, su madre tuvo relaciones sexuales con Rafael Genaro Sierra, pues éstas se iniciaron desde el año de 1962 y se prolongaron hasta 1965.

Está demostrado con lo dicho por los testigos que el presunto padre, por actos positivos, acogió a la demandante como hija suya, razón por la cual no es menester entrar al estudio de la excepción encaminada a demostrar la impotentia generandi de aquél.

Ahora bien, como por disposición del artículo 1240 del Código Civil, el hijo natural tiene la calidad de legitimario y comoquiera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, el hijo natural excluye, en la sucesión intestada, a los hermanos legítimos del causante, calidad que tienen aquí los demandados, síguese que deba prosperar también la acción de petición de herencia.

Lo expuesto al despachar el cargo indica que estando demostrada la causal de relaciones sexuales, se presume la paternidad de Rafael Genaro Sierra y es del caso declararla judicialmente con apoyo en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

IV

Resolución

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 de treinta (30) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este proceso ordinario que, contra los herederos de Rafael Genaro Sierra, promovió Marta Cecilia Castañeda, representada por su madre natural, Margarita de igual apellido. En su lugar, y como tribunal de instancia,

Resuelve

1º REVOCASE la sentencia de primer grado, pronunciada el 22 de septiembre de 1971 por el Juez Segundo Civil del Circuito de Pereira.

2º Declárase que Marta Cecilia Castañeda, hija de Margarita Castañeda, nacida el 20 de febrero de 1965, es hija natural de Rafael Genaro Sierra y como tal tiene derecho a sucederlo.

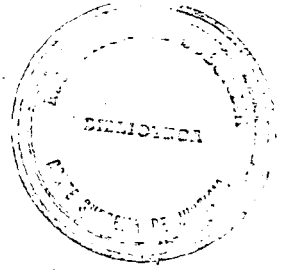
3º Ofíciese al Notario respectivo para que asiente el acta correspondiente con base en lo declarado en esta sentencia, y al cura de la parroquia de Santa Bárbara del Municipio de Anserma para que haga las anotaciones marginales en el acta de nacimiento de la demandante, que obra al folio 338, partida 720, Libro 47.

4º Las costas de primera y segunda instancias son de cuenta de los demandados. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



SOCIEDAD DE HECHO

Requisitos para formarla entre los concubinos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 22 de julio de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Olga Alfonso Caballero contra Carmen Reyes de Neisa y otros.

El litigio

En la demanda incoativa del proceso, Olga Alfonso Caballero demandó a Carmen Reyes v. de Neisa, María Graciela Neisa de Caraballo y Luis Homero Neisa, "la primera en su condición de viuda de Roberto Neisa Cely, los otros como herederos del mismo", a intento de que se declarase que entre ella y Roberto Neisa se formó una sociedad de hecho, a la cual pertenece el inmueble que por su ubicación y linderos se determina en la súplica primera del libelo; se decretase, en consecuencia, la liquidación de dicha sociedad y se ordenase "la entrega de las partes o cuotas resultantes de la liquidación a sus respectivos adjudicatarios".

Como fundamento de su pretensión afirma la demandante, en síntesis, que del matrimonio de Roberto Neisa Cely con Carmen Reyes nacieron los demandados María Graciela y Luis Homero; que en el año de 1948, debido a desavenencias surgidas entre los cónyuges, se separaron de hecho, y desde entonces, hasta la muerte de Roberto, Carmen fue ajena a las labores económicas, comerciales y personales de aquél; que en el año de 1950, Roberto y Olga Alfonso Caballero, la demandante, unieron esfuerzos comunes para formar un pequeño capital, auxiliándose mutuamente: "él como empleado particular y ella trabajando como modista y atendiendo todas las labores domésticas necesarias para la subsistencia de los dos, con lo cual y al correr del tiempo fueron progresando y con dineros ahorrados por ambos se compró, sin terminarse aún de construir, la casa que forma parte del patrimonio de la sociedad de hecho"; que dicha sociedad no se formalizó por escritura pública ni se hizo constar en documento alguno, pero nació de hecho y como tal continuó hasta la muerte de Roberto, ocurrida el 16 de julio de 1966; que aunque en la escritura de compra sólo figura aquél como adquirente, lo cierto es que el inmueble se adquirió con los esfuerzos de ambos socios y pertenece, por tanto, a la sociedad de hecho; que después de la muerte de Roberto, Carmen continuó poseyendo el inmueble a nombre de la mencionada sociedad, realizando en él actos de dominio tales como darlo en arrendamiento, pagar impuestos, hacerle reparaciones, etc.; y que la demandante, mientras vivió su socio, "siempre le entregó al mismo el producto de su trabajo, para invertirse en la compra y arreglo de la mentada casa, como también para arreglarla, y no pocas veces le dio en préstamo sumas de dinero que por su muerte inesperada no alcanzó a devolverle, por razón de la sociedad de hecho formada, como se ha dicho, entre los dos y que duró por más de quince años sin haberse liquidado o repartido utilidades".

El curador ad-litem que se designó a los demandados por ignorarse su residencia, contestó la demanda manifestando no constarle los hechos afirmados en ella.

Trataba así la litis, el juzgado la desató en sentencia de 6 de octubre de 1970, por medio de la cual negó las peticiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Apelada por ésta esa decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la de 22 de julio de 1971, sujeta materia del recurso de casación que hoy se decide, la confirmó con costas a cargo de la apelante.

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de transcribir doctrinas del Tribunal y de la Corte acerca de los elementos que estructuran una sociedad de hecho, dice el sentenciador que aunque en el libelo se afirma que la que formaron Olga Alfonso Caballero y Roberto Neisa Cely se originó en la colaboración de ellos en una misma explotación, no le queda, sin embargo, fácil "establecer si se trataba de una serie de actos coordinada, efectuados en común por la demandante y el causante de los demandados o de un estado de simple indivisión en virtud del cual era administrado el inmueble que la actora manifiesta que pertenece al haber social".

En este orden de ideas y con el propósito de fundar su aserto, expresa:

"Se afirma en el libelo que Roberto Neisa era empleado particular y que Olga Alfonso trabajaba en modistería y que con el producto del trabajo de uno y otra se adquirió la casa distinguida con los números 9-07 de la carrera 20 de Bogotá. Esta situación, como es obvio, no puede revelar la existencia de una sociedad formada por los hechos, sino más bien la de una comunidad, pues, en ella falta el primer elemento que exige la jurisprudencia para que se tipifique una sociedad de hechos de explotación común.

"Pero, fuera de que la demanda revela la imprecisión dicha, la prueba testimonial aportada por la demandante para establecer que fue con los dineros provenientes del trabajo de los amantes que (sic) se adquirió el inmueble antes referido, se encuentra en notoria contradicción con la prueba documental aportada por la misma apelante, lo cual le resta todo valor a dicho medio de convicción con el cual se intentó demostrar la existencia de la sociedad.

"En efecto, según las manifestaciones de los declarantes el inmueble a que se ha hecho referencia fue adquirido con los dineros que consiguieron la demandante y el causante de los demandados en sus actividades económicas, mientras que la escritura de adquisición de dicho inmueble, que obra a los folios veintidós y siguientes del cuaderno de pruebas de la actora da cuenta de que el precio se pagó así: 'Directamente de manos del comprador la cantidad de mil setecientos cuarenta y cuatro pesos con veintiséis centavos ($ 1.744.26) moneda corriente y de 'Vidriera Fenicia, Limitada, la cantidad de once mil ochocientos cincuenta y cinco pesos con setenta y cuatro centavos ($ 11.855.74) moneda corriente, sociedad ésta que les paga tal suma por cuenta del comprador, señor **Roberto Neisa Cely**, quien trabaja a su servicio en calidad de obrero, en la fábrica que la misma tiene establecida en esta ciudad de Bogotá.

"Ahora bien, si en los hechos estructurales de la demanda no se indican en forma clara los elementos llamados a configurar la sociedad de hecho sobre cuya existencia se pide un pronunciamiento y si, por otra parte, la prueba testimonial llamada a dar cuenta de esos elementos se halla en contradicción con la documental antes referida, consecuencialmente la pretensión de la demandante tenía que ser despachada desfavorablemente, y, por lo tanto, la sentencia apelada, que así lo hizo, se debe confirmar, ya que las demás pruebas que obran en autos no pueden dar base para tener demostrados los hechos en que se estructura la demanda".

La demanda de casación

Tres cargos, todos del resorte de la causal primera, formúlanse en ella a la sentencia del Tribunal, que serán estudiados en el mismo orden en que fueron propuestos.

Cargo primero

Denúnciase en él interpretación errónea de los artículos 2083 y 2141 del Código Civil, por cuanto, según el recurrente, "demostrado el concubinato, en el sentido no

sólo de unión sexual sino como una célula familiar, social, económica, o unión para auxiliarse mutuamente los concubinos, con su trabajo, mutua fidelidad, etc., existe una presunción de que un determinado patrimonio, adquirido durante el concubinato, así entendido, a título oneroso, por cualquiera de los concubinos, es un bien perteneciente a la sociedad de hecho, que tal concubinato implica; sin que sea necesario demostrar todo lo que es necesario demostrar para acreditar la sociedad de hecho entre personas que no son concubinos, entendiendo el concubinato como la célula referida, por ejemplo, entre comerciantes, o entre personas que convivan sexualmente, únicamente, o entre dos o más personas que simplemente unen sus esfuerzos, en una determinada empresa lucrativa. Es éste —agrega— el sentido que debe dársele a la jurisprudencia de la Corte que admite la sociedad de hecho entre concubinos; porque de lo contrario nada habría agregado, ni ella, ni la doctrina, si entendemos tal principio e interpretación analógica, sencillamente, que el concubinato, o mejor los concubinos, pueden formar una sociedad de hecho, como la pueden formar cualesquiera otras dos personas. Es que la Corte al expresar que es posible la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, o dijo mucho o no dijo nada. Que si se limitó a reconocer un derecho que ya existía en cabeza de aquéllos —concubinos o no— que ya podían hacerlos valer, su jurisprudencia sería una perogrullada, como lo expresa el doctor Betancourt Jaramillo en su conocida obra 'El Régimen Legal de Los Concubinos en Colombia'."

De donde concluye el censor que al exigir el Tribunal, para reconocer la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, la demostración de una común actividad de éstos en una determinada empresa, creada con el propósito de obtener beneficios, le da a la jurisprudencia de la Corte "el sentido de la perogrullada de que habla el autor citado", y comete "el desacierto de entender mal no sólo la jurisprudencia y la doctrina dichas, sino, por consiguiente, de interpretar erróneamente las normas sustanciales" a que se hizo referencia. Que sin este concepto equivocado de la ley, independiente de toda cuestión de hecho, el Tribunal habría acogido la pretensión de la demandante aducida en la demanda.

La Corte considera

1. Preceptúa el artículo 2083 del Código Civil: "Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado. Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto".

2. Reiteradamente ha dicho la Corte que, por razón de su origen, se dan dos clases de sociedades de hecho, a saber: las que se forman de un consentimiento expreso, a las cuales les faltó un requisito esencial para existir como sociedades de derecho; y las que se forman en virtud de un consentimiento implícito, para la explotación de un negocio o industria, por dos o más personas que aportan algo en común.

3. A partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (XLII, 476), la Corte ha admitido que entre concubinos puede existir una sociedad de hecho de las de la segunda especie, sobre estas dos bases: a) que como el concubinato no crea, por sí solo, comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, para reconocer la existencia de una sociedad de esta índole entre concubinos es menester que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de éstos en una determinada empresa, creada con el propósito de obtener beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una actividad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y de otro o de ambos; y b) que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si ésto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante.

"De no exigirse en casos como éste de acción pro socio entre concubinos, la especificación de actividades de cooperación común y la singularización y determinación

de los aportes hechos con ánimo de asociación económica, que permitan configurar independientemente del concubinato una sociedad de hecho, se llegaría a la injurídica aceptación contra la ley y la doctrina, de que pueda existir sociedad a título universal de ganancias, cuando la única posibilidad excepcional a este respecto la constituye la sociedad entre cónyuges". (LXII, 348). A lo cual cabe agregar que la sola colaboración de uno de los concubinos en los negocios del otro no entraña necesariamente la existencia de una sociedad entre ellos, pues es factible que se configuren contratos diferentes, como el de trabajo, el de mandato, el de cuentas en participación, etc.

4. Si, como queda dicho, por el sólo hecho del concubinato no se forma una sociedad de hecho entre los concubinos, en forma similar a la que surge entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, según el artículo 180 del C. C., es palmar que no puede dársele al artículo 2083 del mismo estatuto el alcance que pretende el recurrente, puesto que se llegaría a la que la Corte denominó "injurídica aceptación contra la ley y la doctrina, de que pueda existir sociedad a título universal de ganancias, cuando la única posibilidad excepcional a este respecto la constituye la sociedad entre cónyuges".

De donde se concluye que el Tribunal, al negar la pretensión de la demandante con fundamento en que las solas relaciones concubinarias no demuestran la existencia de la sociedad de hecho a que alude la demanda, entendió rectamente el artículo 2083 precitado, así como el 2141 en cuanto dispone que "disuelta la sociedad, se procederá a la división de los objetos que componen su haber", y, por ende, que no incurrió en el error jurídico que le imputa la censura. Se rechaza la acusación.

Cargo segundo

Acúsase la sentencia de ser violatoria de los artículos 2083 y 2041 (sic) del Código Civil, a causa del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la demanda con que se inició el proceso.

A intento de fundar su acusación transcribe el censor los pasos de la sentencia en los cuales dice el Tribunal que "no le queda fácil establecer si se trataba de una serie de actos coordinada, efectuados en común por la demandante y el causante de los demandados o de un estado de simple indivisión en virtud de la cual era administrado el inmueble que la actora manifiesta que pertenece al haber social", puesto que "se afirma en el libelo que Roberto Neisa era empleado particular y que Olga Alfonso trabajaba en modistería y que con el producto del trabajo de uno y otro se adquirió la casa, ... situación que como es obvio, no puede revelar la existencia de una sociedad formada por los hechos, sino más bien la de una comunidad, pues en ella falta el primer elemento que exige la jurisprudencia para que se tipifique una sociedad de hechos de explotación común", y a continuación expresa:

"Pero como en la demanda, manifiestamente, sin mayor esfuerzo, a simple vista, puede leerse y concluirse, que no se ha afirmado, ni por asomo, que Olga Alfonso y Roberto Neisa son condómines de la casa y muebles o que les pertenezca a título de tales, tal casa y muebles, sino por el contrario, que Roberto Neisa adquirió en su cabeza, pero siendo concubino de aquélla y durante el concubinato habido entre los dos, cuando la esposa del concubino ya no hacía vida marital con él, por haberse separado de hecho los esposos, y no en comunidad, con su concubina; ... y de los hechos 5º, 6º, 7º, 8º, del libelo, aparece de bulto, la afirmación nítida y contundente de la existencia, entre Olga Alfonso y Roberto Neisa, de una sociedad, formada por los hechos, dueña de un patrimonio determinado, distinta de una sociedad a título universal, ... significa que el Tribunal, al leer el libelo de demanda encontró afirmaciones que no existen, y dejó de leer o ver las que sí existen".

Agrega el recurrente que el sentenciador apreció erróneamente la demanda, porque en su objetividad ésta "no expresa lo que el Tribunal le hace decir allí, y sí pone de presente lo que el mismo Tribunal echa de menos, que hubo entre los concubinos ese 'primer elemento' que exige la jurisprudencia

cia"; que a causa de ese error infringió aquél, de manera indirecta, los artículos 2083 y 2041 (sic) del C. C.; y que si no hubiese cometido el error de que trata este cargo, habría acogido el sentenciador las pretensiones de la demandante.

Se considera

1. Dejóse visto que el Tribunal, luego de señalar los requisitos que según la doctrina y la jurisprudencia estructuran la sociedad de hecho que se origina en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación, entre los cuales figura en primer término el de que "se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común", expresa que no le queda fácil establecer si en el caso sub-lite "se trataba de una serie de actos coordinada, efectuados en común por la demandante y el causante de los demandados o de un estado de simple indivisión en virtud del cual era administrado el inmueble que la actora manifiesta que pertenece al haber social". Lo cual obedece, según el sentenciador, a que "se afirma en el libelo que Roberto Neisa era empleado particular y que Olga Alfonso trabajaba en modistería y que con el producto del trabajo de uno y otra se adquirió la casa distinguida con los números 9-07 de la carrera 20 de Bogotá", y esa situación "como es obvio, no puede revelar la existencia de una sociedad formada por los hechos, sino más bien la de una comunidad, pues en ella falta el primer elemento que exige la jurisprudencia para que se tipifique una sociedad de hechos de explotación común".

2. Aunque en la causa petendi de la demanda se dice que entre Olga Alfonso Caballero y Roberto Neisa existió una sociedad de hecho, a la cual pertenece el inmueble antes mencionado, es lo cierto que en parte alguna se afirma la existencia entre ellos de una serie coordinada de actos para la explotación común de un negocio o de una empresa, creada con el propósito de obtener beneficios, y, por consiguiente, no incidió el Tribunal en error fáctico al expresar que falta en la demanda el primero de los elementos que tipifican una sociedad originada en hechos de explotación común. Y tampoco incurrió en error de esa índole al decir que no revela la existencia de una sociedad de hecho, sino más bien de una comunidad, la afirmación contenida en la demanda de que con dineros ahorrados por ambos se compró la casa precitada, pues es obvio que al no afirmarse los hechos de explotación común que revelasen la existencia de una sociedad de hecho, la compra del inmueble que con dineros de los dos hicieron Olga y Roberto, podía entenderse rectamente como constitutiva de un estado de indivisión entre ellos.

Es impróspera la acusación.

Cargo tercero

Denúnciase en él falta de aplicación de los artículos 2083 y 2041 (sic) del Código Civil, proveniente de "la errónea apreciación de la prueba testimonial, ... al relacionarla con la prueba escrituraria con la cual la cotejó", y de no haber tomado el Tribunal en cuenta los documentos referentes al denuncio penal por tentativa de homicidio de Roberto Neisa, al poder conferido por éste para la constitución de parte civil, y a la boleta de comparendo expedida por el Juez 9º de Instrucción Criminal.

La errónea apreciación de la prueba testifical hácela consistir el censor, en síntesis, en que, contrariamente a lo afirmado por el sentenciador, no existe contradicción entre lo dicho por los testigos acerca de que el inmueble de que se ha hecho mérito fue adquirido con dineros provenientes del trabajo de los concubinos, y la declaración contenida en la escritura de compra del mismo de que el precio de $ 13.500.00 fue pagado así: $ 1.644.26, que el vendedor recibió directamente del comprador Neisa, y 11.855.74 que aquél recibió de la sociedad "Vidriera Fenicia Limitada", por cuenta de éste, porque tal declaración, en sentir del recurrente, "no descarta, lógicamente, que los $ 1.644.26, como lo expresa la prueba testimonial, o lo confesó extrajudicialmente Roberto Neisa, ... sí fueron, por lo menos parte del precio de compra, pagado con dineros que los concubinos consiguieron con el trabajo de ambos, o con el aporte de la concubina".

"La escritura —agrega— no dice que todo el precio fue pagado por Fenicia o con el producto sólo del trabajo de Roberto Neisa o del préstamo que se le hizo por razón de su cesantía, descartándose por lo tanto, que dentro de ese precio, no hubiese una parte del mismo proveniente del dinero que ganaba —en gran cantidad y con el trabajo que de modista laboraba, inclusive trabajando hasta altas horas de la noche, como lo dicen los testigos— o ganó la concubina Olga Alfonso, durante el concubinato que tuvo, con él, hasta la muerte de Roberto Neisa, iniciado mucho antes de 1952, fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa. Y menos, mucho menos, hay tal contradicción, si leyéndose detenidamente tal escritura, se desprende, que fuera de los $ 11.855.74 que pagó Fenicia, por cuenta del trabajo de Roberto Neisa o por cuenta del préstamo o pago anticipado de su cesantía; y fuera de los $ 1.644.26 que dice la escritura fueron entregados directamente a los vendedores (lo que no es decir que tal cantidad provenía de su trabajo, y no de la entrega que le hiciera, o no, Olga Alfonso), por Roberto Neisa, se pagó también $ 4.000.00 de la hipoteca que afectaba a la casa compravendida, pago que obviamente debe presumirse lo hizo el comprador, y no Fenicia, toda vez que al venderse se dijo en la escritura que la casa compravendida tenía el gravamen hipotecario en favor de **Marco Tulio Flórez**, que firma la escritura, cancelando el gravamen, a pesar de este dicho, sin que los vendedores expresasen que el pago de tal gravamen fuese hecho, con la suma que ellos recibían al otorgar la escritura como precio de venta, con la de $ 13.500.00. O con sus propios recursos".

"Y no se necesita un esfuerzo de imaginación —continúa el impugnante— o un complicado proceso de razonamiento, para captar que no existe contradicción, entre la prueba escrita o texto de la escritura, que apreció el Tribunal de Bogotá, en el fallo acusado, la escritura consistente en los documentos referentes a la denuncia del delito de tentativa de homicidio, que el Tribunal ni siquiera la tuvo en cuenta para decir que figuraba materialmente en el proceso; y la prueba testimonial, que el Tribunal ni siquiera se tomó el cuidado de analizarla, por lo cual, me es difícil desentrañar más su pensamiento para ver en qué consiste para él la contradicción de que habla en la parte motiva del fallo acusado, en este cargo, por haber partido, para absolver a los demandados, de una premisa falsa, obviamente, por ello, lo condujo a una conclusión falsa, decidiendo, en la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, que no se ha acreditado la existencia de sociedad de hecho entre los concubinos: Olga Alfonso y Roberto Neisa".

La Corte considera

1. Si los testigos que a instancia de la parte demandante declararon en el proceso manifiestan que el inmueble distinguido con el número 9-07 de la carrera 20 de Bogotá fue adquirido con dineros que los concubinos consiguieron con su trabajo, y si en la escritura de compra de tal inmueble se expresa que el precio fue pagado con dineros que "Vidriera Fenicia Limitada" entregó al vendedor por cuenta de Roberto Neisa, y con dineros que éste entregó directamente a aquél, mal pudo incurrir el Tribunal en un evidente error de hecho al afirmar que entre esas dos pruebas, la testifical y la documental, existía contradicción, pues salta a la vista que los testigos dicen lo contrario de lo que se expresa en la escritura. Y al fallar la acusación en su punto de partida, el cargo resulta necesariamente impróspero.

2. Mas en el supuesto de que no existiera contradicción entre esas dos pruebas y de que, por consiguiente, hubiera incurrido el sentenciador en el yerro fáctico que se le atribuye, su fallo no podría ser casado, puesto que al proceder la Corte, como juzgador de instancia, a examinar la prueba testimonial, encontraría que no está demostrada la existencia de la sociedad de hecho entre los concubinos, puesto que la sola circunstancia de que el inmueble se hubiera adquirido con dineros de los dos permitiría tan sólo concluir la formación entre ellos de una comunidad, mas no la de una sociedad, la cual supone una serie coordinada de actos de explotación común con el

propósito de obtener beneficios, según se dejó dicho. Y los testigos en cuestión no deponen de la colaboración de los concubinos en la explotación de un negocio o de la realización de operaciones de carácter comercial por parte de éstos, ni sobre hechos que permitieran distinguir claramente, como lo ha dicho la Corte, "lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de crear beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una actividad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y de otro o de ambos".

3. Finalmente, cabe notar que si bien es cierto que el Tribunal no tomó en cuenta el denuncio penal, el poder para la constitución de parte civil y la boleta de comparendo a que alude la censura, el error de hecho en que por tal motivo incidió aquél resulta intrascendente, pues es palmario que tales actos no demuestran la existencia de la sociedad de hecho cuya declaración se impetra en la demanda, y, por consiguiente, aunque los hubiera tomado en cuenta, el Tribunal habría llegado a la misma conclusión.

Es, pues, infundada la censura.

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 segunda instancia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintidós (22) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971).

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SOCIEDAD

Contrato sui generis en el que no cabe la acción resolutoria por incumplimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Antecedentes

1. Alfonso Medina Manrique, Manuel Navia Díaz y Helver Trujillo Quintero promovieron este proceso ordinario contra Antonio, Alfonso y Jaime Macías Vargas y Aurelio Ferro Borrero, en busca de que se hiciesen los pronunciamientos que enseguida se resumen:

a) Declarar que los demandados "incumplieron el contrato de sociedad, que consta en la escritura pública Nº 2054 de fecha 21 de diciembre de 1965, otorgada en la Notaría 1ª de este circuito..." y que, por tanto, "son responsables civilmente de los perjuicios sufridos por mis poderdantes por el incumplimiento de aquéllos..."; b) "condenar a los demandados a restituir al acervo social las utilidades obtenidas, como personas naturales, por la explotación de los aviones **Piper** P. A. 25-235 HK. 1243E. y **Piper** BA. 25-260 H. K. 91C.E. tomados en arrendamiento a la sociedad Faul Ltda., con domicilio en Cali"; c) "Declarar, como consecuencia de la súplica primera, **la resiliación del contrato de sociedad**... a efecto de decretar la disolución y liquidación de la sociedad de comercio de responsabilidad limitada denominada Sociedad Aeronáutica y Agrícola Ltda. 'Saya' "; d) "condenar solidariamente a los demandados a pagar como perjuicios por el incumplimiento del contrato social, ... las siguientes cantidades de dinero, a saber: al señor Alfonso Medina Manrique, **quinientos mil pesos**...; al señor Manuel Navia Díaz, **doscientos cincuenta mil pesos**...; al doctor Helver Trujillo Quintero **cincuenta mil pesos**..."; sin menoscabo del valor real de sus aportes y de las utilidades obtenidas hasta el 14 de abril de 1969.

2. En apoyo de sus pretensiones, expusieron los demandantes los hechos que se sintetizan a continuación:

A. Que el 21 de diciembre de 1965, demandantes y demandados constituyeron por medio de la escritura Nº 2054 otorgada en la Notaría 1ª de Neiva, una sociedad de comercio de responsabilidad limitada "denominada Sociedad Aeronáutica y Agrícola Ltda. 'Saya', con domicilio principal en Neiva" dando cumplimiento a los demás requisitos legales para el perfeccionamiento del contrato de sociedad; B) que el capital social íntegramente suscrito y pagado, fue de $ 335.000.00, aportado en la proporción que se expresó en la escritura mencionada; C) que dando cumplimiento igualmente a los requisitos legales necesarios al efecto, el contrato de sociedad sufrió algunas modificaciones relativas a la cesión que Manuel Navia Díaz y Luis Antonio Macías Vargas hicieron a otros consocios, de parte del interés social que tenían en la mencionada compañía; D) que la duración de la sociedad fue de 5 años, a partir del 21 de diciembre de 1965 y su objeto social estaba constituido por "la explotación comercial del ramo de fumigación aérea ... y las actividades que con dicho ramo se relacionen"; E) que en el contrato social se establecieron como causas extraordinarias de terminación de la sociedad la pérdida del 50% del capital o la decisión de los socios que representara un setenta por ciento (70%) del capital y de

personas"; F) que en los estatutos se prohibió a los socios explotar en su propio nombre los negocios de la sociedad "so pena de quedar obligados de llevar al acervo común las ganancias que se obtengan o de soportar individualmente las pérdidas que sufran"; G) que el 14 de abril de 1969, los demandados enviaron a los demandantes "una carta mediante la cual les comunicaron que a partir de esa fecha habían decidido... no continuar el contrato social con éstos y que a partir de esa fecha habían resuelto cancelar cualquier reunión de asamblea general o junta directiva" y que igualmente, "los demandados se incautaron todos los bienes de la sociedad y no han permitido a mis mandantes ninguna ingerencia en el funcionamiento de la misma hasta el extremo de negarles todo acceso a los libros... y toda participación en las deliberaciones de la junta directiva a pesar que de acuerdo con los estatutos se requiere una mayoría del sesenta por ciento (60%) para la realización de las actividades sociales" lo cual "constituye flagrante incumplimiento del contrato social por parte de los demandados"; H) que los demandados, como personas naturales, han tomado en arrendamiento a la sociedad Faul Ltda. dos aviones, que se han dedicado a la fumigación aérea, contraviniendo lo estipulado en el literal 1) de la cláusula trigesimaséptima del contrato"; e I) que en la actualidad ejerce las funciones de gerente Alfonso Macías Vargas, quién se ha confabulado con los otros tres demandados para incumplir el contrato de sociedad".

3. Opusiéronse los demandados a las súplicas del libelo y poco antes de concluir el trámite de primer grado el demandante Manuel Navia Díaz desistió de todas sus pretensiones. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva en su sentencia del 30 de marzo de 1971, absolvió a los demandados de los cargos formulados contra ellos y condenó en las costas del juicio a Alfonso Medina Manrique y Helver Trujillo Quintero, quienes apelaron del fallo en cuestión, el cual fue confirmado el 25 de agosto del mismo año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

4. La Corte conoce del recurso de casación que interpusieron los demandados Medina Manrique y Trujillo Quintero contra la mencionada sentencia del Tribunal.

Motivación del fallo impugnado

Luego de estudiar la relación jurídico-procesal y de encontrarla debidamente constituida, emprende el Tribunal el examen de la pretensión resolutoria que consagra el artículo 1546 del C. C. y la resiliación que establece el artículo 1602 ibídem, con citas y doctrinas de la Corte y de expositores franceses, hace algunas consideraciones jurídicas acerca del contrato de sociedad, para terminar expresando lo siguiente:

"No siendo el contrato de sociedad un acto jurídico sinalagmático, sino una declaración con las solemnidades exigidas por la ley con el objeto de crear una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados para que ella desarrolle las actividades civiles o comerciales previstas en el acto de constitución, y que los integrantes, como personas naturales, se repartan entre sí los beneficios o pérdidas que resulten de la actividad de la sociedad, es injurídico hablar o pretender la resolución del contrato social; pues, se insiste, constituída legalmente la persona jurídica por voluntad de sus integrantes, como personas naturales, se repartan entre sí los beneficios o pérdidas que resulten de la actividad de la sociedad, es injurídico hablar o pretender la resolución del contrato social; pues, se insiste, constituída legalmente la persona jurídica por voluntad de sus integrantes, surgen obligaciones de cada uno de los socios para con la sociedad, como tercera persona y de éstos para con terceros en el límite de sus aportes o con la responsabilidad personal según se esté frente a una sociedad de personas o frente de una sociedad de capitales y aportes; pero ellos entre sí no puede decirse que tengan obligaciones bilaterales sinalagmáticas distintas a las necesarias para la creación del contrato social. Aquí el socio no queda vinculado a la realización de actos como contraprestación de otros a ejercitar por los demás socios, sino que es la sociedad la que entra a actuar en virtud de su creación. La sociedad tiene acción contra los socios, o éstos contra ella, pueden ejercer las pretensiones que a

bien tengan pero, se repite, no procede la resolución del contrato en los términos demandados y por los motivos estudiados.

"La resiliación contenida en la pretensión cae por su base al conocer la posición asumida por la parte demandada, quien se opone a la misma. Entonces, el Art. 2133 del C. C. no es de aplicación en este proceso".

De lo anterior concluye el Tribunal que el hecho 10 de la demanda, en el cual se apoya la primera de las súplicas impetradas por los actores, "en ningún momento viene a establecer incumplimiento del contrato social, porque leídas detenidamente las normas a que se sometió la sociedad... en parte alguna se prohibe a los socios la propuesta que se hace en la carta de 14 de abril de 1969 y el deseo de expresar la voluntad de adquirir el interés social de los demás... por otro aspecto, en el supuesto de haberse demostrado el hecho decimotercero de la pretensión, la sociedad tendría, y no los socios individualmente considerados, acción para obtener la indemnización a que hubiere lugar. Al no existir hechos ni fundamentos de derecho para hacer las primeras de las súplicas a que se refiere la demanda, las pretensiones segunda y quinta, están también sin respaldo en la ley sustancial y en este proceso, para su prosperidad".

Finalmente, dice el sentenciador, que "la pretensión tercera no fue establecida por los medios de convicción adecuados. Antes bien, la prueba testimonial que obra y que se refiere a las afirmaciones de José Daniel Suárez y Héctor Graffi... sirve para infirmar los fundamentos de la pretension sobre el particular. La resiliación o resolución pretendida en el punto cuarto de la demanda, como ha tenido oportunidad de exponerlo el Tribunal..., carece de disposición legal sustantiva que, dados los hechos que interesan al proceso, den base para ello".

Con base en los motivos que se dejan resumidos, el Tribunal, confirmó la sentencia absolutoria que había proferido el Juez de Primer grado.

El recurso

La parte recurrente formula tres cargos contra la sentencia de que se ha hecho mérito, dentro del campo de la causal primera de casación y que se despachan conjuntamente ya que en todos ellos se afirma la violación de la misma norma sustancial.

Primer cargo

Falta de aplicación de los artículos 11 de la Ley 124 de 1937, 1º del Código de Comercio entonces vigente, 1546 del Código Civil, por error de hecho en la apreciación de la carta que los demandados dirigieron a los demandantes el 14 de abril de 1969, al considerar el Tribunal que esa misiva "no es prueba de incumplimento del contrato social por parte de los demandados, si no que se trata de una mera propuesta de compra del interés social de los actores... ya que al darle tal sentido a dicha prueba la estimó contrariando ostensible y manifiestamente el contenido".

Dice en efecto el recurrente, que el artículo 11 de la Ley 124 de 1937 dispone que en lo no previsto por ella se aplicarán las normas sobre las sociedades colectivas que establece el Código de Comercio, en las que nada se estatuye para el caso de incumplimiento del contrato social, por lo cual por ministerio del mismo estatuto, han debido aplicarse los preceptos correspondientes del Código Civil cuyo artículo 1546 consagra la acción resolutoria con indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento de las obligaciones de un contrato bilateral por parte de alguno de los contratantes. "Al haber el Tribunal desconocido como prueba del incumplimiento la carta de 14 de abril de 1969 —expresa la censura— dejó de aplicar el artículo antes comentado y, consecuencialmente, lo infringió con el manifiesto error de hecho que se analiza. Igualmente... quebrantó el artículo 1613 del Código Civil, por falta de aplicación, cuya esencia radica en que la indemnización de perjuicios, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, bien sea por no haberse cumplido la obligación o por haberse cumplido imperfectamente o por haberse retardado en el cumplimiento".

Segundo cargo

Se formula también por falta de aplicación de las mismas normas señaladas en el

cargo anterior, a consecuencia del error de hecho que se atribuye al Tribunal, "ya que al negar la existencia de toda prueba sobre el incumplimiento del contrato social pasó por alto las posiciones absueltas por el demandado y gerente de la sociedad... En esas posiciones el absolvente confiesa el incumplimiento del contrato social, consistente en haber prescindido a partir del 14 de abril de 1969 de los demandantes en el manejo de los asuntos sociales en desarrollo de la notificación hecha a los actores por medio de la carta antes mencionada".

A juicio del censor, "si el Tribunal no hubiera ignorado la existencia de esas posiciones habría aplicado los textos legales antes citados y hubiera, en consecuencia, declarado la resolución del contrato social por incumplimiento por parte de los demandados y los hubiera condenado a pagar los perjuicios que tal hecho ha causado a los demandantes".

Tercer cargo

Está formulado así: "En la sentencia acusada el Tribunal infringió directamente, por errónea interpretación del Art. 2079 del C. C., los artículos 11 de la Ley 124 de 1937, 1º del Código de Comercio, 1546 y 1613 del Código Civil".

A juicio de la censura, el sentenciador estimó erróneamente que el contrato de sociedad no es sinalagmático "sino una declaración exigida por la ley con el objeto de crear una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados para que ella desarrolle las actividades civiles o comerciales previstas en el acto de constitución...", pero que no nacen para los socios obligaciones bilaterales distintas a las requeridas para que emerja a la vida jurídica el contrato de sociedad. "Esta interpretación es equivocada —agrega el recurrente—, porque el contrato de sociedad es de ejecución continua, los socios quedan unidos durante el período fijado, persiguen un interés común y tienen derecho a participar en la gestión de los asuntos sociales. Estas características del contrato de sociedad se hacen evidentes en las sociedades de responsabilidad limitada, ya que los socios tienen derecho a participar en el manejo o administración de la misma, bien sea como coadministradores, o a través de la Asamblea General de socios o de la junta directiva. En el caso sub-judice, de acuerdo con los estatutos sociales, todos los socios tienen derecho a intervenir en la gestión de los negocios sociales a través de la junta directiva. De ahí, que sea rara la interpretación dada por el Tribunal al contrato de sociedad, ya que sí es bilateral y sinalagmático".

Se considera

1. "Sea cualquiera el criterio que se acepte respecto del fundamento de la acción resolutoria —ha dicho la Corte—, que pueda explicarse por las teorías de la causa, según Capitant, Planiol y Ripert; o por la de la equivalencia de las prestaciones, según Maury; o por la de la repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand; o por la de las simples razones de equidad, según Esmein, ha de entenderse que la facultad que otorga el artículo 1546 citado (del Código Civil), precisa para la aplicación de la misma norma: a) Que exista una obligación exigible y que ejercite la acción el perjudicado, o sea el que cumple lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de la otra parte; b) Que, para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta, no solo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cambio de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra, y por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad; c) Que es necesario que el principio de la reciprocidad esté tan caracterizado que no se conciban unas obligaciones sin las otras; ..." (LXXXVI, 23). Posteriormente dijo también la Corte: "para que la acción legal potestativa resolutoria o de ejecución de los contratos consagrada por el artículo 1546 del C. C. para los convenios de naturaleza bilateral... tenga viabilidad y operancia, debe el postulante cumplir anteladamente determinadas exigencias legales, porque su inobservancia enerva su ejercicio si así lo solicita el demandado, entre otros modos,

mediante la oponibilidad de la defensa 'exceptio non adimpleti contractus' reconocida expresamente por el artículo 1609 del C. C. ... Pero estas acciones pueden aniquilarse o enervarse si el contratante que las ejerce no ha cumplido a su turno con las obligaciones del pacto o no se ha allanado a cumplirlas, ... Quiso el legislador con esa norma asegurar en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes y evitar el rompimiento de la simetría contractual derivada del principio de la reciprocidad o correlación de los mutuos compromisos de las partes. ... El legislador considera que cada uno de los contratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por lo que, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes creó a favor del a otra el derecho a obtener la resolución del pacto". (Cas. Civ., 30 de octubre de 1955, LXXXIII, 487).

2. De lo anterior se deduce inequívocamente que **la resolución de un contrato bilateral con fundamento en el Art. 1546 del C. C., sólo tiene cabida cuando las partes que lo celebran contraen** obligaciones recíprocas, **es decir, que simultáneamente les imponen las calidades de acreedor y deudor, pues de lo contrario no existen la "simetría contractual" y la "equivalencia de prestaciones" a que aluden las doctrinas transcritas y que ahora se reiteran.**

3. **El contrato de sociedad, es sui-generis en cuanto a las obligaciones que contraen quienes lo celebran. Estos "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" (Art. 2079 del C. C.). "No hay sociedad —agrega el Art. 2081 ibídem— si cada uno de los socios no pone ninguna cosa en común, ya en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios".**

4. Un expositor nacional dice al respecto lo siguiente: "El contrato de sociedad es un contrato de colaboración, que se distingue, pues, de los contratos conmutativos, en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer... La prestación o aporte que se pacta no es causa de la obligación que contraen unos socios frente a los otros socios, porque la prestación de todos y cada uno de ellos contiene una misma causa: obtener con el ejercicio de una industria o empresa determinada, lucro o utilidad repartible entre todos ellos. Esa unidad de causa es precisamente la que da nacimiento **a obligaciones que no son recíprocamente equivalentes sino simplemente convergentes** (se subraya) o enderezadas a una finalidad común. Si los intereses de los socios no fueran convergentes sino equivalentes, no podrían explicarse ni justificarse los aportes desiguales, con derechos consiguientemente desiguales a participar en los beneficios". (Derecho Comercial, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, 1960, Pág. 75).

Y más adelante agrega que la indicada "modalidad del contrato de sociedad, que encaja dentro de la noción del derecho italiano... no es extraña al derecho vigente en el país. Porque el Código Civil en su Art. 2079 —el definir la sociedad— no da la noción de que el contrato es el acto de una **parte para con otra** sino el principio más genérico de que es concurso de las voluntades de dos o más personas. Por eso habla entonces de dos o más personas que estipulan, ésto es, de varias personas de las cuales cada uno es sujeto autónomo de su propia estipulación, aunque todos concuerden en sus estipulaciones..." (Ob. Cit., Pág. 78).

5. **En el Capítulo V del Título 27 (Libro 4º) del Código Civil referente a las "obligaciones de los socios entre sí", se advierte que no obstante su epígrafe, la parte acreedora de tales obligaciones, tanto a la prestación debida como a la indemnización en caso de incumplimiento, es siempre la sociedad y no los socios. El único derecho que la ley atribuye a éstos, en su propio nombre, cuando uno de los consocios no cumple con sus obligaciones, está consagrado en el artículo 2127, así: "Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta" (se subraya). En todos los demás casos de incumplimiento de prestaciones a cargo de los mismos socios, como atrás se**

expuso, la única legitimada para ejercer los derechos provenientes de tal incumplimiento es la sociedad. Cuando ésta nace a la vida jurídica —dijo la Corte en sentencia del 5 de febrero de 1952— "los socios adquieren por consiguiente para con ella (se subraya) las obligaciones derivadas de las cláusulas de su organización, entre las cuales se halla desde luego la de verificar el aporte prometido..." (LXXI, 76).

6. De lo anterior se concluye que el artículo 1546 del Código civil no es aplicable al contrato de sociedad con las consecuencias y efectos propios de dicha norma. Como se dejó visto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de un socio, en el caso del artículo 2127 ibídem, permite a sus consocios demandar la disolución de la sociedad; en los demás, ésta y sólo ella, puede accionar contra el socio incumplido y demandarlo por la indemnización de los perjuicios que le haya causado. Así lo expresó la Corte, en cuanto a la obligación de efectuar los aportes se refiere: "El contrato de sociedad es de ejecución parcial y sucesiva. Y en los tales cabe concluirlos o terminarlos, pero resolverlos no. La resolución termina el pacto para el futuro y lo aniquila en el pasado, hasta la fecha del mismo. Cumplido, en parte, el contrato, hay imposibilidad de borrar lo hecho... Se arguye que no aplicando el artículo 1546, no se podría cobrar perjuicios al socio que cause daño a la sociedad. No es ésto así. El derecho especial aplicable al contrato de sociedad, como se ve en el artículo 2109, y el derecho general, sin apelar al de la resolución de los pactos, provee a la necesidad que el recurrente apunta. Siendo aplicable el Art. 2127 y no el 1546, como se demostró, y no pudiendo resolverse el contrato social, por eso sólo la demanda queda improcedente. ..." (XXIX, 21, XLI, 13).

7. En estas condiciones, el cargo en estudio no puede prosperar. En efecto, como el artículo 1546 del Código Civil no es aplicable al contrato de sociedad, mal pudo el Tribunal de Neiva haberlo quebrantado por falta de aplicación en el caso sub-judice. Por otra parte, las demás normas legales que a juicio de la censura fueron infringidas por el sentenciador, no son de carácter sustancial, de suerte que su quebranto no puede invocarse como motivo de casación dentro del campo de la causal primera, ya que no crean, declaran, modifican o extinguen derechos subjetivos.

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 proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 25 de agosto de 1971.

Condénase a la parte recurrente en las costas de la casación.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

BIBLIOTECA

FILIACION NATURAL

La Ley 75 de 1968 suprimió los caracteres de estabilidad y notoriedad en las relaciones sexuales que exigía la Ley 45 de 1936. —Excepción plurium constupratorum. — Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintidós de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 19 de febrero del presente año, proferida por el Tirbunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario instaurado por **Gil Antonio Correa** frente a los herederos de **Justiniano Correa Basto.**

I

El litigio

1. Mediante libelo del 5 de agosto de 1969, corregido por escrito del 4 de diciembre siguiente, el citado Gil Antonio Correa demandó ante el Juzgado Civil Municipal de Concepción a Joaquín y Roque Julio Correa Niño, herederos de Justiniano Correa Basto, a efecto de que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

Que el demandante, hijo natural de Celia Correa, lo es también de Justiniano Correa Basto; que como tal tiene derecho a la herencia de éste en concurrencia con los demandados; que éstos deben restituírle, en la proporción que legalmente corresponde, los bienes herenciales junto con los frutos naturales y civiles producidos; y que si los demandados se oponen a sus pretensiones se los condene en las costas procesales.

2. Los hechos que el demandante invocó como constitutivos de la causa petendi, pueden sintetizarse así:

Que Justiniano Correa Basto, muerto en Concepción el 30 de enero de 1969, durante cinco años, contados a partir de 1931, en la vereda de Tulí, de la jurisdicción municipal de Cerrito, mantuvo relaciones sexuales estables y notorias con Celia Correa, quien a la sazón era soltera; que fruto de tales relaciones fue la concepción de Gil Antonio, cuyo nacimiento ocurrió el 17 de diciembre de 1933; que desde entonces aquél reconoció a éste como hijo suyo y que en tal condición lo trató, atendió a su crianza, educación, lo estableció en labores agrícolas prodigándole siempre ayuda económica y que en esa calidad lo presentó a sus relacionados en las poblaciones de Cerrito, Concepción, Chiscas y Boyacá; que ocurrido el óbito de Justiniano los demandados procedieron a abrir su sucesión, proceso en el cual el Juzgado Civil de Concepción los reconoció como herederos del causante, en su calidad civil de hijos naturales suyos; y que en tal virtud están poseyendo actualmente todos los bienes herenciales.

3. Oportunamente los demandados contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones del demandante; negando los hechos en ella afirmados, salvo los referentes a la apertura de la sucesión del causante y a su reconocimiento en ella de herederos suyos, los cuales aceptaron; y exigiendo la prueba para los demás.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Segundo Civil del Circuito de Málaga, le puso fin a la primera instancia con sentencia de 3 de junio de 1971, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demanda.

5. Por apelación interpuesta por los demandados el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el que, luego de haber agotado la ritualidad de la instancia, incluso la práctica de pruebas pedidas en ella por los apelantes, por sentencia de 19 de febrero de 1972 revocó el fallo apelado y en su lugar denegó las súplicas impetradas en la demanda e impuso las costas procesales al demandante, quien propuso contra dicha providencia el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, advierte el sentenciador ad-quem que la declaración de paternidad natural deducida principalmente en la demanda se apoya, según ella, en dos de las presunciones consagradas al efecto por la Ley 75 de 1968: las relaciones sexuales y la posesión notoria del estado de hijo, a que aluden los ordinales 4º y 6º del artículo 6º de dicho estatuto.

2. Pasa en seguida el Tribunal a considerar la primera de estas dos presunciones; y luego de transcribir la norma pertinente de la referida Ley 75, asevera que según su preceptiva "para inferir las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre del trato personal o social entre ellos, hay que demostrar dicho trato y una vez demostrado, apreciarlo dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y tener en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad"; agregando que la ausencia de "alguna de estas notas" impide hacer la declaración judicial de paternidad.

Amparado en este razonamiento inicial, el sentenciador acomete el análisis de los testimonios aducidos por el demandante, para concluir que "no aparece en el proceso prueba alguna de que entre Celia Correa y Justiniano Correa Basto hubiere existido vida común y por ello, tampoco se pueda dar la nota de continuidad en las relaciones sexuales".

3. En la labor ponderativa de estas pruebas para fundamentar su conclusión el Tribunal analiza en primer lugar el testimonio de Marco Aurelio Basto, el que estima "atendible por lo serio, responsivo y circunstancial". Y después de transcribir los pasos trascendentes de su exposición, afirma: "Un tercer hombre, desconocido, aparece en el testimonio analizado, completando el triángulo de amor de Celia en el año del nacimiento del demandante. No dice el declarante si sus relaciones con Celia, ni las de ésta con Justiniano Correa Basto o con el tercer hombre desconocido, fueron de carácter sexual. Las suyas las califica de amorosas como para casarse. En cuanto al tercer hombre, sólo supo de oídas, que aquélla 'lo atendía' y en relación con Justiniano Correa, no le consta que fueran de carácter sexual. Pero —agrega— es lo cierto que de dicho testimonio surge claramente la conducta amorosa de Celia en el año de 1933, fecha de nacimiento del demandante, deja serios interrogantes en cuanto a la paternidad con relación al mismo, ya que es de presumirse, por el resultado, que las relaciones amorosas no fueron propiamente románticas y de todos modos surge la duda sobre si aquí cabe la figura llamada por los romanos 'turbatio sanguinis' y que nuestra ley denomina 'relaciones de la misma índole con otro u otros hombres'."

Refiriéndose a las declaraciones de Epifanio Calderón, Demetrio Torres y Juan Bautista Correa, las califica de "desechables, ya por ser de referencias o por falta de responsividad"; agregando que las de Claudia Correa Carvajal, Eligio Alvarado y Rosa María Duarte "tampoco son dignas de credibilidad", puesto que afirman que las relaciones sexuales entre Celia y Justiniano comenzaron desde 1930, "y ya sabemos —dice el ad-quem— por el testimonio de Marco Aurelio Basto, quien es el único testigo en este proceso que sin duda ninguna y dando razón de su dicho señala fechas, que, por razón de carácter íntimo y personal quedaron grabadas en su memoria, que tales relaciones no pudieron materializarse sino a partir de 1933 o 34".

Por ser el único testigo que afirma haber visto a Celia y a Justiniano "por varias veces en el acto sexual", el Tribunal hace

énfasis en el contenido de la declaración de Luis Antonio Correa Basto, llegando a la conclusión, en el análisis crítico que de ella realiza, que tampoco demuestra "la continuidad de las relaciones sexuales": en primer término, "porque es mentiroso" cuando asevera que comenzaron en el año de 1925; y segundo, porque se contradijo en las dos oportunidades en que declaró en el proceso, ya que, agrega, en la primera "nada dice sobre su percepción directa de las relaciones sexuales entre Celia y Justiniano, y sólo en la última parte de su segunda declaración, en contradicción con la primera parte de la misma, ya afirma haberlos visto ejecutar el acto sexual".

4. Para reforzar su conclusión final de que no procede la declaración de paternidad natural suplicada en la demanda, el Tribunal se adentra en seguida en la consideración de los testimonios recibidos a petición de los demandados, tanto en la primera como en la segunda instancia del proceso.

Y luego de transcribir pasos pertinentes de las declaraciones de Vicente Meneses, Teodoro Calderón Ortiz, Martín Flórez Carvajal, Epifanio Calderón, Paula Alvarado de Flórez, Pablo Antonio Calderón, Marcos Alvarado y Félix Carvajal Reyes, expresa el sentenciador que éstas "nada positivo traen en relación con la prueba de las relaciones sexuales entre **Justiniano Correa** y **Celia Correa** ni tampoco sobre la posesión notoria del estado de hijo del demandante en relación con **Justiniano Correa Basto.** Todos están, sí, acordes en afirmar que éste se había ausentado desde el año de 1930 de la fracción de Tulí y que varios de los declarantes presentados por la parte demandante son parientes de **Gil Antonio Correa** por serlo de la madre de éste".

5. Finalizando la motivación de su sentencia dice el **ad-quem:** "se deduce claramente que no surge la plena prueba requerida para declarar judicialmente la paternidad natural de **Justiniano Correa Basto** con relación a **Gil Antonio Correa** porque no se demostró que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el Art. 92 del C. C. pudo tener lugar la concepción y tampoco está acreditada la posesión notoria del estado de hijo".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Con fundamento en la causal primera consagrada por el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula tres cargos contra la sentencia de segundo grado.

Cargo primero

1. Está planteado así: "La sentencia viola directamente, por interpretación errónea, el inciso tercero del numeral 4º del Art. 4º de la Ley 45 de 1936 modificado por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, al interpretarlo el Tribunal en el sentido de que la presunción de paternidad natural se desvirtúa con **una simple duda** sobre si la madre natural, en la época en que haya tenido lugar la concepción de quien se trata de declarar como hijo, pudo tener relaciones con otro u otros hombres, siendo que el referido inciso tercero exige, de manera clara y expresa, **para no hacer** la declaración de la paternidad natural que se presume, que se pruebe **'en los términos indicados en el inciso anterior'** que tuvo esas relaciones sexuales con otro u otros hombres".

2. Continuando con el desenvolvimiento del cargo, asevera el censor que el Tribunal, para fundar la duda que en torno a la "turbatio sanguinis" abrigó, debió atribuir al testigo Marco Aurelio Basto afirmaciones que éste no hizo al respecto; que "el deponente es absolutamente claro y diáfano al afirmar que el **único** otro hombre que tuvo Celia, y por el cual no le aceptó la oferta de matrimonio que le hizo, fue precisamente **Justiniano Correa Basto**", error que califica de "irrelevante en el presente caso, pues no fue lo que hizo que el Tribunal no presumiera la paternidad".

Añade el impugnador que también es irrelevante, "por idéntica razón", el otro yerro de facto en que incurrió el **ad-quem,** al sostener en su sentencia que todos los testimonios aducidos por el demandado están de acuerdo en afirmar que Justiniano Correa Basto se había ausentado de la región desde el año de 1930, "cuando la ver-

dad es que todos, o mejor casi todos coinciden en no recordar nada sobre ese particular y uno de ellos agrega haberse ausentado él, no Justiniano, desde antes de esa fecha".

A efecto de demostrar este error de hecho que endilga al fallador de segundo grado, el impugnante transcribe los pasos pertinentes de las declaraciones de Vicente Meneses Palacios, Martín Flórez Carvajal, Epifanio Calderón, Paula Alvarado de Flórez, Pablo Calderón y Luis Flórez Alvarado.

3. Rematando la formulación de la censura, expresa el recurrente que si "el evidente error de hecho que se comenta es irrelevante en cuanto al ataque, no es menos cierto que lo verdaderamente afirmado por los seis testigos a que me acabo de referir, todos llamados a petición de la parte demandada, pone de manifiesto que no están en capacidad de impugnar los testimonios rendidos en favor de las pretensiones del actor, pues mientras aquéllos no saben en qué año se ausentó de Tulí, Justiniano y no saben nada de las relaciones de éste con Celia, aquéllos, por provenir de familiares, relacionados, amigos y vecinos de los dos, sí están en capacidad de dar cuenta sobre el trato social y personal de Celia y Justiniano y sobre el trato que ambos le daban al joven Gil Antonio".

Segundo cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, del "inciso segundo del numeral 4º del Art. 4º de la Ley 45 de 1936 modificado por el Art. 6º de la Ley 75 de 1968".

2. En desarrollo del cargo expresa el censor que el Tribunal, al sostener en su fallo que la "continuidad" exigida por la Ley 75 de 1968 para inferir las relaciones sexuales del presunto padre natural y la madre del trato personal y social entre ellos, requiere que "hubiese existido vida común", interpretó equivocadamente el precepto legal cuyo quebranto denuncia. Añade que la norma sólo habla de la "continuidad", la cual puede darse sin que el hombre y la mujer lleven vida común, "del mismo modo que puede darse la vida en común sin que los que la tengan, y es lo más frecuente, realicen actos sexuales entre sí".

Se considera

1. Repetidamente lo tiene declarado la doctrina de la Corte, con fundamento en la preceptiva legal, que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial, en la cual pueda incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida; y que 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 exprese el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

Violase la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente 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 sin embargo equivocadamente y así se la aplica.

2. Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado.

Es verdad que el juzgador, al desatar el conflicto de intereses que se le ha presen-

tado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente.

3. Según se desprende claramente del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal no encontró acreditados los hechos constitutivos de las relaciones sexuales ni de la posesión notoria del estado de hijo, que como fundamento de las presunciones de paternidad invocó el demandante en su demanda; consiguientemente negó todas las peticiones en ella formuladas. Lo cual significa que no aplicó el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, ni el 6º de la Ley 75 de 1968.

Se limitó pues el ad-quem a manifestar la imposibilidad legal de declarar la filiación natural que en relación con Justiniano Correa Basto solicitó el demandante. Y si no aplicó en su sentencia, ni en todo ni en parte, las citadas normas, es errado acusarla, como aquí lo hace claramente el casacionista, por interpretación errónea de textos legales que en ella no fueron aplicados.

4. Además, si, como igualmente lo ha dicho la Corte, la interpretación errónea de una norma sustancial supone que el sentenciador, independientemente de toda cuestión de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, aplica al caso litigado la disposición pertinente, pero dándole un sentido que no le corresponde, se equivoca también el recurrente al formular estos dos cargos contra la sentencia por la vía directa, sustentándolos luego en presuntos errores que habría cometido el fallador en la apreciación de las pruebas producidas para acreditar la paternidad natural reclamada en la demanda.

5. Los defectos de técnica advertidos en la formulación de los dos cargos que aquí se consideran los tornan ineficaces; y, en consecuencia, se rechazan.

6. Sin embargo de la improsperidad de estos cargos por las razones indicadas, la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por la regla 5ª del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en el ámbito doctrinal, debe rectificar los desaciertos en que incurrió el sentenciador ad-quem al sostener en su fallo, primeramente que para hacer hoy la declaración judicial de paternidad natural con base en relaciones sexuales éstas deben ser "ininterrumpidas", lo que supone, dice, que haya existido "vida común" entre la madre y el presunto padre; y seguidamente, que no obstante la existencia de relaciones sexuales entre éstos, la paternidad no se declara cuando haya "duda... de relaciones de la misma índole con otro u otros hombres", en la época en que pudo realizarse la concepción del hijo.

7. Ya en varias oportunidades, precisando el sentido y el alcance de las reformas que en torno a la acción de investigación de la paternidad natural trae la Ley 75 de 1968, ha dicho la Corte, y hoy lo reitera, que este estatuto, cuyo objetivo primordial fue tutelar más eficazmente los derechos de los hijos extramatrimoniales, suprimió los requisitos de "estables y notorias" que para las relaciones sexuales determinantes de paternidad natural requería la Ley 45 de 1936.

Es decir, que mientras al amparo del sistema legal que en el punto consagraba la Ley 45 de 1936 sólo procedía la declaración judicial de paternidad natural, con fundamento en relaciones sexuales, en el evento de demostrarse que entre el presunto padre y la madre hubiesen existido tales relaciones con los caracteres de estabilidad y notoriedad, y siempre que el hijo hubiere nacido después de 180 días contados desde su inicio, o dentro de los 300 siguientes a su cesación; hoy, a la luz de la preceptiva contenida sobre la materia en la Ley 75 de 1968, demostrado que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones carnales en esa época, tal hecho es suficiente para presumir la paternidad natural de aquél, y por ende para declararla judicialmente, sin requerirse que ellas revistan necesariamente condiciones de estables y notorias.

Si aún bajo el imperio de la Ley 45 de 1936 procedía la declaración de paternidad natural, en el caso de que entre el presunto

padre y la madre hubieran existido relaciones sexuales estables y notorias, "aunque no hayan tenido comunidad de habitación", a la luz de la Ley 75 de 1968 emerge con mayor relievancia, para el efecto, que no es menester la vida en común de los progenitores. La supresión de los requisitos de notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales que este estatuto hizo, y la propia finalidad de la ley, que fue facilitar la investigación de la paternidad natural, son suficientes para dar asidero al aserto.

Bien es verdad que el legislador de 1968, al considerar que las relaciones sexuales son casi imposibles de probar por percepción directa, mediante el artículo 4º de la Ley 75 estableció que ellas también 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"; pero no es menos cierto que estas características se predican del trato y no de las relaciones sexuales.

Es pues equivocado sostener, como lo hace el Tribunal, que como la ley requiere continuidad para el trato personal y social entre la madre y el supuesto padre, para que de dicho trato se puedan inferir las relaciones sexuales, éstas, para fundar la declaración de paternidad, deben ser continuas e ininterrumpidas. Semejante aserción no sólo implica restringir el sentido y el alcance del artículo 6º de la Ley 75, sino también refundir en el supuesto indicador el hecho presumido, para atribuir a éste requisitos o condiciones que la normación positiva únicamente determina o reclama para aquél.

8. El inciso final del ordinal 4º del artículo 6º de la precitada Ley 75, como también lo hacía la 45 de 1936, consagra, con carácter de excepción suficiente para infirmar la presunción de paternidad basada en relaciones sexuales, el fenómeno tradicionalmente llamado plurium constupratorum. Sólo que aquel estatuto agregó que la excepción aludida es ineficaz cuando se acredite que el demandado "por actos positivos acogió al hijo como suyo".

Mas, hoy como ayer, las "relaciones de la misma índole con otro u otros hombres" de la mujer, dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, para enervar la declaración de paternidad, es cuestión que debe quedar establecida en el proceso de modo fidedigno; si no sale del marco de lo dubitativo para ingresar al de la certeza, no tiene virtualidad para desnaturalizar la presunción de paternidad.

Cargo tercero

1. Viene formulado así: "La sentencia viola indirectamente el numeral 6º (sic) del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 modificado por el Art. 6º de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación del mismo, determinada por error evidente de derecho en la apreciación de las pruebas, mediante las cuales procesalmente quedó acreditada 'la posesión notoria del estado de hijo' natural de Gil Antonio Correa, respecto del causante Justiniano Correa Basto".

2. En desarrollo del cargo, expresa el censor que el error de derecho que imputa al Tribunal consistió en que al apreciar los testimonios "no expuso 'razonadamente el mérito' que debía asignarle a cada uno, apreciándolos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ésto es, que se ocupó de los testimonios pero sin sujeción a lo preceptuado en el Art. 187 del C. P. C., y por haber prescindido o mejor, por no haberse sujetado a este razonamiento, no les reconoció a esas pruebas testimoniales el valor que legalmente tienen y del cual Gil Antonio Correa deriva el carácter de hijo natural de Justiniano Correa Basto".

Como testimonios que habrían sido indebidamente ponderados por el Tribunal, el recurrente cita los de Juan Bautista Correa Niño, Claudia Correa de Carvajal, Eligio Alvarado Ortiz, Rosa María Duarte y Luis Antonio Correa Basto.

Refiriéndose al del primero, el censor, luego de transcribir pasos de la declaración, afirma que si este testigo expone hechos por él percibidos directamente dando los fundamentos o razones de lo que asevera, no puede decirse, como lo hace el ad-quem, que carezca de responsividad; aludiendo a los tres siguientes, los que el Tribunal analizó en conjunto para estimar que "tampoco son dignos de credibilidad", expresa la censura que "para la valoración de estos testimonios

no se atendió el mandato del Art. 187 del C. P. C., sino que para todos emitió el mismo concepto siendo notoriamente diversos aunque eso sí concordantes sobre la existencia de las relaciones sexuales entre Celia Correa y Justiniano Correa y sobre el trato de hijo que este último le dio a Gil Antonio"; y finalmente, en torno al testimonio de Luis Antonio Correa Basto, que el Tribunal desechó por considerarlo contradictorio, dice el impugnador que si se cotejan las dos declaraciones que éste rindió en oportunidades diferentes "la verdad es que tal contradicción no existe, pues una cosa es contradecir y otra agregar algo a lo ya dicho". Agrega que en la primera oportunidad se consignaron las versiones de este testigo "con el pulimento que les hizo el juzgado, en tanto que en su declaración de 7 de abril, no obró aquel pulimento, y por lo mismo, no se omitieron cosas que seguramente también fueron dichas en la primera".

3. Rematando la formulación del cargo, expresa el censor que "fue precisamente por la inobservancia del Art. 187 del C. P. C. en la valoración de los testimonios aportados tanto por la parte actora como por la parte demandada, que esa Corporación dejó de aplicar al caso debatido, la disposición sustancial consagrada en el numeral 6º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y consiguientemente no reconoció que Gil Antonio Correa sí tiene el carácter de hijo natural de Justiniano Correa Basto, por razón de la posesión notoria de ese estado".

Se considera

1. En torno a la equivocación en que incurre el fallador respecto de los requisitos de fondo exigidos por la ley para la eficacia de la prueba testifical, la Corte tiene dicho que "la calificación que de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho. 'Por ello —se ha dicho—, si la sentencia considera coincidentes unas declaraciones, sin serlo, o por el contrario, opuestas o desestimables otras, que en rigor concuerdan, el resultado de ese proceso lógico **no es censurable por error de derecho** (se subraya), pues en ella no se está alterando el valor que en la ley posee la prueba testifical, sino por vía del error de hecho, en cuanto se sostenga una unidad irreal o una contradicción inexistente, en la comparación de los datos opuestos' (Casación de 7 de mayo de 1968)". (Sentencia de 23 de junio de 1970, aún no publicada).

Al amparo de la legislación procesal que rige el país desde el 1º de julio de 1971 esta doctrina jurisprudencial, lejos de perder vigencia, cobra mayor aplicación. Porque si ella, en lo referente a la apreciación de las pruebas, consagra como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tratándose de la prueba testifical sólo puede incurrir en error de derecho el sentenciador cuando aprecia testimonios aducidos al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolos en la realidad que ellos demuestran, no los evalúa en su eficacia por estimar equivocadamente que fueron ilegalmente rituados; o cuando les atribuye mérito probatorio en los casos en que la ley prohibe este medio o exige uno distinto para demostrar determinados hechos o actos jurídicos; y, finalmente, cuando les desconoce fuerza persuasiva sin tratarse de ninguna de las dos últimas hipótesis.

2. El "error de derecho" en que habría incurrido el Tribunal al apreciar los testimonios indicados, lo hace consistir la censura, sustancialmente, en que por inobservancia del artículo 187 del C. P. C. los calificó como faltos de responsividad, algunos, y contradictorios e inexactos los demás.

La sola enunciación 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 asevera el impugnador, el ad-quem dejó de ver razones que los declarantes dieron a su exposición; si encontró contradicciones donde no existen; o si tergiversó los testimonios haciéndoles decir lo que no expresan, el desacierto del fallador al estimar este medio, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entrañaría un error evidente de hecho y no de derecho.

3. Como de una parte la censura se funda en el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al estimar algunos de los testimonios aducidos al proceso, y de otra, se limita a contraponer su personal criterio al del Tribunal en cuanto a la manera como han debido apreciarse tales declaraciones, el cargo resulta improcedente y, por ende, se impone su rechazo, puesto que, como también lo ha dicho la Corporación, "el recurrente, como acusador que es de la sentencia de segunda instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con éstos, pueda decidir el recurso, sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación planteada sin acierto, lo cual no entra en sus poderes" (CVII, 86).

IV

Decisión

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 diecinueve (19) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Sin costas en el recurso en razón de la rectificación doctrinaria a que dio lugar.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

Error de derecho a la luz del nuevo C. de P. C. — Error en la fecha de la escritura. — Proceso de perfeccionamiento de la escritura pública. — La fecha del instrumento debe ser la de su autorización por el Notario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., 28 de septiembre de 1972.

(Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso extraordinario interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 17 de febrero del presente año por el Tribunal superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinario promovido por Carlos Soto P. a Néstor Piedrahita Marín, Lilian Arteaga v. de Arango, Socorro Luz Stella de Jesús y Mirta Arango Arteaga, "demas que representan también la sucesión del señor Libardo Arango F. y la sociedad conyugal de que formó parte".

I. El litigio

1. Carlos Soto P. citó a los dichos demandados, mediante escrito presentado en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín el 4 de marzo de 1971, a fin de que, previo el trámite de rigor, se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) que la escritura pública número 4585, otorgada el 5 de diciembre de 1970 en la Notaría Cuarta de ese Circuito, debidamente registrada el 3 de enero siguiente, "adolece de nulidad o es nula en forma absoluta", en virtud de que ella "muestra una fecha que desconoce o es contraria a la realidad, que no es verdadera";

b) que, subsidiariamente, la nulidad impetrada obedece a que dicha escritura y el acto contenido en ella quebrantaron disposiciones legales imperativas", este último, además, "viciado de objeto y causa ilícitos";

c) que, en subsidio de las dos pretensiones anteriores, decrete "la nulidad del acto en referencia por cuanto está viciado de nulidad absoluta, por su objeto y causa ilícitos, y por haberse realizado en perjuicio de terceros";

d) que, como consecuencia de cualesquiera de las declaraciones anteriores, se ordenasen las cancelaciones respectivas y se reconociese que los bienes determinados en la escritura anulada "pertenecen a la sociedad conyugal que formaron el señor Libardo Arango y la señora Lilian Arteaga vda. de Arango";

e) que, en subsidio de la pretensión distinguida con la letra c) anterior, se dijese "que adolece de simulación o es simulado el contrato o acto contenido en la escritura que se deja citada varias veces y que, por lo mismo, es inoponible al suscrito como acreedor de la sociedad conyugal y sucesión preindicadas";

f) que, "de modo condicional, si no se accediera a lo deprecado antes", se declarase que "el acto cumplido por la cónyuge demandada no compromete al patrimonio de la sociedad conyugal que he mencionado, mejor dicho, que carece de eficacia jurídica en cuanto a los derechos de la sucesión del cónyuge, señor Arango F. De modo condicional a esta solicitud, ...que se declare que el acto escriturario verificado entre la cónyuge sobreviviente del señor Arango y el doctor Néstor Piedrahita Marín, tiene fecha veintinueve (29) del año pasado (sic) y que, por ende, dicha fecha es la cierta y que el acto dicho no produce consecuencia sino desde la misma";

g) que la parte demandada debe pagar los perjuicios causados al demandante "con su obrar", aclarando "que esta petición la formulo para todos los supuestos, como principal", y que las costas del proceso son de su cargo.

2. Como elementos de la causa petendi se relacionaron los siguientes, que la Corte resume:

a) Libardo Arango F. y Lilian Arteaga contrajeron matrimonio católico en la ciudad de Medellín el 5 de marzo de 1944, procreando en él a Socorro Luz Stella de Jesús y a Mirta, nacidas el 12 de septiembre de 1945 y el 29 de mayo de 1949, respectivamente, habiendo fallecido el cónyuge el 24 de diciembre de 1970.

b) Durante la sociedad conyugal, y para ella, la cónyuge adquirió los bienes relacionados en el numeral 4º de la demanda, según lo demuestran las escrituras públicas respectivas, fechadas el 22 de octubre de 1963 y el 8 de noviembre de 1969, los cuales traspasó a título de venta a Néstor Piedrahita Marín, como consta en la escritura pública número 4585, otorgada el 5 de diciembre de 1970 en la Notaría Cuarta de Medellín, debidamente registrada el 3 de enero del año siguiente, a la cual, dice el demandante, se le notan los siguientes defectos:

(I) En su encabezamiento, efectivamente, aparece el 5 de diciembre de 1970 como fecha de su otorgamiento; sin embargo, al final se dejó esta constancia: "Los contratantes presentaron certificados de paz y salvo con la Hacienda Nacional números 2410142 y 469052, expedidos en Medellín, el 16 de marzo y el 29 de diciembre (subraya el texto) de 1970, válidos hasta diciembre 31 de 1970, los que se agregan. Firmados: Lilian Arteaga de Arango, c. c. 21358745. Néstor Piedrahita Marín, c. c. 504.183 de Medellín. Elena Ortiz de Arboleda, Notaria Cuarta. Presentó la vendedora paz y salvo por concepto de impuesto predial y de valorización de Medellín, números 02778 y 02048, series B. y E., expedidos en Medellín el 29 de diciembre de 1970, y válidos para el presente acto, los que se agregan. Se pagó el derecho fiscal por la suma de $ 1.947.00, conforme a la boleta Nº 2386300, de diciembre 29 de 1970".

De lo que deduce que la escritura en mención no pudo ser otorgada en la fecha que en ella se indica, sino en la mencionada en los certificados de paz y salvo con los impuestos nacionales y municipales y en el recibo del gravamen departamental de registro, ya que, de conformidad con las normas pertinentes de los Decretos-leyes 960 y 2163, ambos de 1970, "el Notario autorizará las escrituras una vez cumplidos los respectivos requisitos y presentados los comprobantes pertinentes"; que los comprobantes fiscales serán presentados por los interesados en el "acto de otorgamiento y firma de las escrituras"; y que se prohibe a los notarios extender instrumentos sin que sean presentadas las respectivas certificaciones.

(II) Al final de la misma escritura, pero ya con la sola firma del notario, sigue diciendo la demanda, se dejó testimonio de que "se extendió en las hojas de papel sellado números Q. 12736573 y Q. 17794648, esta última dada al expendio para el público el día quince de diciembre de mil novecientos setenta (1970) y fue vendida entre esta fecha y el diez y nueve (19) del mismo mes", como lo certifica la correspondiente oficina de la Administración de Impuestos Nacionales. Por consiguiente, concluye, mal pudo otorgarse la comentada escritura el 5 de diciembre anterior.

(III) El instrumento en cita, además, quebranta según el demandante otros preceptos legales. En efecto: no se indicó "concretamente, en forma explícita, la situación jurídica de los inmuebles" enajenados, como lo manda el artículo 27 del Decreto-ley 950 de 1970; tampoco se dejó constancia del asentimiento de los interesados al texto, después de su lectura (Art. 14 ibídem); y "el aparente comprador reconoció o aseveró en diligencia de absolución de posiciones que no vio firmar a la presunta vendedora, lo que obviamente incide en forma de dar más entidad a lo observado".

c) De lo expuesto anteriormente deduce el actor "la total ineficacia jurídica de tal acto, puesto que es cierto a todas luces que la referida escritura se otorgó y autorizó después de la muerte del cónyuge, señor Arango F., luego no podía disponer la cónyuge de los inmuebles que manifestó enajenar, pues pertenecían a la sociedad con-

yugal que formó con su marido y a la sucesión de éste".

d) Pero si lo anterior no fuere así, como lo es, continúa, el contrato recogido en la escritura número 4585 tantas veces citada es simulado absolutamente, pasando a relacionar los indicios que conducen a esa conclusión, que no se individualizan aquí por no incidir este punto en la decisión final.

e) Desde mucho antes del mes de diciembre de 1970, el demandante era acreedor del cónyuge fallecido "y, por ende, de la sociedad conyugal de que formó parte", por cantidad superior a los $ 100.000.00, de donde se desprende su interés para entablar la demanda en comento.

3. Tramitado debidamente el proceso, con oposición de los demandados, quienes interpusieron las excepciones que denominaron de "inepta demanda, ilegitimidad de personería, petición de modo indebido, nulidad por falta de legitimación en la causa y la genérica", el **a-quo** le puso fin a la primera instancia mediante sentencia fechada el 11 de octubre de 1971, en la cual absolvió a la parte demandada, con costas a cargo del demandante, que apeló de ella para ante el Tribunal antes mencionado, el que, por medio de la suya calendada el 17 de febrero último, la revocó y, en su lugar, declaró la nulidad absoluta de la escritura pública número 4585, varias veces citada, y, consecuencialmente, que los inmuebles individualizados en ella son "de propiedad de la sociedad conyugal que formaron el señor Libardo Arango F. y la señora Lilian Arteaga v. de Arango", absteniéndose de hacer "las demás declaraciones solicitadas" y condenando en costas de las dos instancias a la parte demandada, la cual interpuso el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

III. La sentencia acusada

4. Después de resumir tanto el libelo demandatorio como la providencia apelada, dice el sentenciador que en el proceso se encuentran debidamente demostrados estos hechos:

a) El matrimonio de Libardo Arango con Lilian Arteaga, celebrado por el rito católico el 5 de marzo de 1944; el nacimiento de Socorro Luz Stella de Jesús y de Mirta Arango Arteaga; y la defunción de Libardo, acaecida el 24 de diciembre de 1970; y

b) el "cheque número 748778 del Banco de Bogotá, oficina principal de Medellín, correspondiente a la cuenta número 1-22412, fechado el 23 de diciembre de 1970, girado en cuantía de $ 40.000.00 por Libardo Arango a la orden de Carlos Soto (el demandante), protestado seis días después 'por fondos insuficientes'."

De lo cual concluye:

"Estas probanzas, dicho sea de paso, demostrativas de la personería del demandante y de la parte demandada, calidad con que actúan en el proceso e interés legítimo del demandante en calidad de acreedor de los sucesores de Libardo Arango, desustancializan las excepciones de inepta demanda, ilegitimidad de la personería y falta de legitimación en causa propuestas por la parte demandada en forma meramente enunciativa".

5. Entra luego el Tribunal al análisis de la escritura pública cuya nulidad se solicita en la demanda, afirmando que en ella consta lo siguiente:

a) Su fecha, o sea el 5 de diciembre de 1970;

b) su registro, efectuado en la oficina correspondiente de Medellín el 3 de enero de 1971;

c) los certificados de paz y salvo con los impuestos nacionales de renta y complementarios, fechados el del comprador Piedrahita el 16 de marzo de 1970 y el de la vendedora Lilian el 29 de diciembre del mismo año;

d) el certificado de los impuestos municipales de predial y valorización, expedido por la oficina competente el 29 de diciembre de 1970;

e) el recibo de pago del impuesto departamental de registro, calendado en la misma fecha que los anteriores; y

f) la constancia notarial de que la escritura se extendió en las hojas de papel sellado distinguidas con los números Q 12736573 y 17794648.

Manifestando finalmente:

"Lo relacionado en este documento y, específicamente, con las fechas en que fueron expedidos los certificados de paz y salvo con la Hacienda Nacional, los de predial y valorización, los de derechos fiscales, así como los números correspondientes a las hojas de papel sellado en que se extendió la escritura, aparece corroborado con la diligencia de inspección judicial practicada a la Notaría donde fue otorgada, diligencia probatoria que por haber sido 'leída y hallada corriente' por los litigantes, haberse aportado al proceso en forma regular y oportuna (C. de P. C., Arts. 174 y 175), ser medio probatorio pertinente y practicado con sujeción a lo previsto en el Lib. 2º, Tit. 13, Capítulo 6º del C. Ib., prueban el supuesto de hecho de las normas consagratorias del efecto jurídico de la tradición de bienes raíces (C. de P. C., Arts. 177, C. C., Arts. 673, 756, 1880, 2652 y ss.)".

6. Expone en seguida el fallador su concepto sobre las nulidades absoluta y relativa, manifestando como conclusión que son "normas protectoras de una buena organización jurídica, orientadas a salvaguardiar principios de una categoría superior, son reglas en cuya observancia está interesada la sociedad, bien por motivos de orden público, ora de moralidad o bien por encaminarse a la protección de los legalmente incapaces".

Afirma luego que la doctrina asignada al instrumento público, para su validez, "requisitos formales o externos" y, además, "lo divide en partes". Con cita de Arnau (Introducción al Derecho notarial), dice:

"Los requisitos son: 'a) los que se relacionan con la materia y expresión gráfica del documento (papel timbrado, márgenes, signos gráficos, cifras y tachaduras, enmiendas e interlineados). b) Idioma, fecha y lugar del otorgamiento. c) Notario o autorizante y su competencia para ello. d) Expresión del concepto en que intervienen los otorgantes y, en su caso, justificación de las representaciones que ostentan. e) Juicio de conocimiento y capacidad. f) Testificación cuando intervengan. g) Firma y autorización'. Las partes (subraya la sentencia) en que suele dividirse la escritura pública son: 'Comparecencia, exposición, parte dispositiva, otorgamiento y autorización... La comparecencia es la parte relativa a los sujetos actuantes y al notario autorizante; determina quiénes son cada uno de aquéllos y éste, y fija la identidad de los primeros y la competencia del Notario. La exposición o antecedente está consagrada al objeto, y en casos excepcionales a la causa del negocio escriturado. La estipulación se refiere a las relaciones que se crean. El otorgamiento es la ratificación formal del consentimiento. La autorización supone la interposición de la fe notarial, formalmente expresada en el signo, firma y rúbrica del Notario...'"

7. Manifiesta más adelante el Tribunal que, teniendo en cuenta que la escritura analizada lleva por fecha la del 5 de diciembre de 1970, que el cónyuge murió el 24 del mismo mes y "que los contratantes aportaron certificados de validación fiscal indispensables para el otorgamiento del acto" fechados el 29 siguiente, "preciso es determinar la fecha verdadera en que se otorgó la referida escritura y consecuencialmente, la validez del acto jurídico allí contenido, ... porque todo indica que en diciembre 5 de 1970 la enajenante era titular del derecho de dominio de los inmuebles que dijo vender: pero, en diciembre 24 de 1970, esos inmuebles pasaron a ser propiedad de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Libardo Arango F. y Lilian Arteaga".

Al efecto, continúa diciendo el fallador, "quedó visto que uno de los requisitos formales o externos relativos a la forma instrumental es el de su firma y autorización", lo que "indica que el instrumento público, para el caso, la escritura mencionada, requiere esencialmente para su validez que esté firmada por todos los interesados que aparezcan como parte de él, a fin de que los otorgantes del acto queden obligados en los respectivos términos de la ley", no pudiendo haberlo hecho la vendedora por carecer el 5 de diciembre de los "comprobantes fiscales" exigidos que, por tanto, mal podía presentar en la Notaría "para el acto del otorgamiento y firma" (Decreto 960 de 1970, Art. 43), en ese día, por lo que entonces "la escritura era sólo un proyecto ... o mejor, según los términos del Art. 42 Ib., el instrumento quedó en suspenso hasta

el cumplimiento de esos requisitos, los que se cumplieron fuera del término legal y cuando el bien objeto de la compraventa no pertenecía a quien allí figuraba como enajenante". El Notario, agrega, no podía autorizar la escritura sino "una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes (Decreto 960 de 1970, Art. 40)", porque "las fechas de otorgamiento y autorización de las escrituras públicas son elementos decisivos ... en virtud de que el tiempo está vinculado a todo hecho jurídico y forma, sin defecto de ser él mismo un hecho jurídico, parte integrante de los hechos jurídicos complejos".

Además, sigue diciendo el fallador, está plenamente demostrado que en la fecha de la escritura la hoja de papel sellado distinguida con el número Q. 17794648 estaba "fuera del comercio"; y, refiriendo esta conclusión a las anteriores, vuelve a afirmar que para el 5 de diciembre "el instrumento era sólo un proyecto", "pues según afirma la señora Notaria autorizante 'la escritura comenzó a otorgarse el 5 de diciembre y fue autorizada el 29 de diciembre...'"

Razonamiento del cual concluye:

"Frente a los anteriores elementos de convicción, todos evidenciados regular y oportunamente en el proceso (C. de Pr. C., Ib. 2º, Tít. 13), y no desvirtuados en forma alguna por la parte demandada, es dable concluir que en la confección del instrumento referenciado hubo transgresión de varios preceptos legales de imperativo cumplimiento y que la fecha puesta en aquél, vale decir, la de cinco (5) de diciembre de mil novecientos setenta (1970), se contrapone a la realidad. La pretermisión de los aludidos elementos o factores que de acuerdo con la ley debieron concurrir a la formación del acto jurídico contenido en la preindicada escritura Nº 4585, determina la presencia de un acto irregular que ya no goza de la protección y eficacia que la ley otorga a los actos jurídicos realizados con observancia de ésta. El haber actuado, como se actuó, con desacato y sin sujeción a las normas que limitan el radio de acción que el derecho privado ofrece a los particulares en el principio de la autonomía de la voluntad, es motivo de suyo suficiente para acceder a la petición de nulidad del acto, formulada en primer término por el demandante".

8. Por último refiriéndose el Tribunal a la pretensión referente al reconocimiento de perjuicios, expresa que "tal deprecación no habrá de prosperar en base a que el plenario orfandad probatoria por este aspecto, bien por el factor del lucro cesante, ora por el de daño emergente (C. C., Arts. 1613, 1614 y cdtes.). No demostrados en el proceso los perjuicios solicitados, es decir, huérfanos de prueba la causa, materia y base de la indemnización, el pedimento está llamado a no prosperar, tanto en razón de lo dispuesto en el artículo 177 del C. de Pr. C., como en apoyo de claras y reiteradas doctrinas de la Suprema que por lo suficientemente conocidas se omiten en su transcripción".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

9. Dos cargos se formularon por el recurrente contra la resumida sentencia, ambos dentro del marco de la causal primera del artículo 368 del C. P. C.:

Primero

10. Se hace consistir en que la "sentencia ... es violatoria de la ley sustancial en forma indirecta, como consecuencia de un error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas", señalando como violadas, por aplicación indebida, los artículos 6º, 1502, 1519, 1523, 1602, 1740, 1741 y 1857 del C. C.; 2º de la Ley 50 de 1936; 6º, 9º, 13, 14, 35, 38, 40, 44 y 99 del Decreto 960 de 1970; y 1º, 35, 37 y 45 del Decreto 2163 de 1970; y, por falta de aplicación, los artículos 46 del Decreto 2163 de 1970; 1758, 1759, 1765 y 1767 del C. C.; 187, 216 (2), 217, 222, 232, 244 y ss., 251, 252, 254, 256, 258, 262, 264, 265 y 266 del C. P. C.; 5º de la Ley 57 de 1887; 3º, 22, 23, 35, 38, 44, 89, 95, 100, 107, 109 y 198 del Decreto 960 de 1970, "como consecuencia del error de derecho en la apreciación de las pruebas que más adelante se indican".

Como tales, señala la censura las siguientes: a) las copias de la escritura 4585 que

obran en el proceso; b) un certificado sobre la situación jurídica de los bienes enajenados, expedido por el Registrador de Medellín; c) las certificaciones y el testimonio dados por la Notaría Cuarta de ese mismo Circuito; y d) el acta de inspección judicial practicada con peritos a los libros de la Notaría en cuestión.

El error de derecho "consiste —son sus palabras— en haber dado a las pruebas que se han identificado un valor legal distinto al que les asigna la ley, y no haber apreciado correctamente el acto que contiene la inspección judicial", llevando este error al Tribunal a concluir "que los comprobantes que acreditan que las partes se encuentran a paz y salvo con el tesoro nacional por concepto del impuesto de renta y complementarios y con el tesoro municipal por el impuesto predial y el gravamen de valorización, son elementos o factores que deben concurrir a la formación del acto jurídico y también son formalidades sustanciales de la escritura, que integran un todo con ésta, y no elementos circunstanciales que simplemente se agregan a la escritura y se reproducen en las respectivas copias y que, en manera alguna, afectan la validez de los actos y contratos y las escrituras que los contienen"; que "como algunos comprobantes tienen una fecha posterior a la de la comparecencia de las partes ante el Notario y el otorgamiento de la escritura pública, ésta carece de valor, no tiene eficacia, y es nula absolutamente"; que "las fechas de otorgamiento de las escrituras y la realidad de ésta no son aquéllas sobre las cuales da fe el Notario sino las que corresponden a los comprobantes fiscales"; que "además de la capacidad, el consentimiento exento del vicio, el objeto y la causa ilícitos, se exige un nuevo elemento esencial para que una persona se obligue a otra, o sea, comprobar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales"; que "la presentación de los comprobantes de paz y salvo es requisito esencial para la existencia de los contratos que deben celebrarse por escritura pública"; y que "las escrituras no tienen valor alguno, si las fechas de tales comprobantes no es la misma, o por lo menos anterior, a la del otorgamiento o autorización".

11. Encamina luego su estudio el censor hacia lo que él llama "demostración del error", dividiéndolo en dos partes, así: a) Por lo que hace a la escritura pública 4585, dice que ella contiene todos los requisitos legalmente necesarios, como son la fecha, el objeto del contrato, la constancia de la presencia de las partes, el precio, la manifestación de entrega, la firma de los contratos y la autorización notarial. Afirma luego que las escrituras públicas hacen fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, "respecto de los otorgantes y de terceros", y también en cuanto a las obligaciones y descargos contenidos en ellas, aún en lo meramente enunciativo, como lo mandan los artículos 1758, 1759, 1765 y 1767 del C. C.; y que sus copias, legalmente expedidas, tienen igual valor que el original, de acuerdo con los mandatos de los artículos 251, 252, 254, 256 y 258 del C. P. C. Entre los requisitos esenciales de las escrituras públicas, señalados por los artículos 99 del Decreto 960 de 1970. "similar a lo que establecía el artículo 2695 del C. C.", no se encuentra comprendida "la falta de comprobantes de paz y salvo, ni recibo de pago de impuestos, ni otra clase de elementos que deba contener la escritura, y ello es correcto porque se trata de una solemnidad establecida por las normas civiles para dar validez a los actos y contratos de especial naturaleza".

"Pretender —concluye— que los comprobantes fiscales son elementos que deben concurrir a la formación del acto jurídico, o dan habilidad, capacidad, vía libre para firmar escrituras, celebrar contratos y realizar actos, es infringir las normas legales que señalan los requisitos formales de las escrituras, las que les atribuyen valor de plena fe o plena prueba y les dan validez entre las partes y los terceros. Agregar requisitos extrínsecos, circunstanciales a las formalidades que fija la ley, es incurrir en error de derecho que llevó al fallador de segunda instancia a declarar la anulación de un contrato solemne que reúne todos los requisitos e infringir así disposiciones que sustentan toda una estructura jurídica".

b) Refiriéndose el censor a la inspección judicial, manifiesta que de allí se deduce que el original de la escritura 4585 está firmado por los otorgantes; que su fecha

es la del 5 de diciembre de 1970; que la firma del Notario aparece estampada en la hoja hábil, repetida luego en la inhábil; y que los certificados de paz y salvo, tanto con los impuestos nacionales como con los municipales, se encuentran agregados a la primera hoja. Estos "no son parte integrante — agrega— ni sustancial, ni son formalidad esencial de las escrituras, y por ello se encuentran agregados al original y el texto de los mismos se reprodujo en las copias de las escrituras. La circunstancia de que la fecha de alguno de los comprobantes de paz y salvo sea posterior a la fecha, otorgamiento y autorización de las escrituras, no resta mérito a éstas ... Incurrió, pues, en error de derecho el fallador de segunda instancia al no reconocer el valor de plena prueba a la inspección judicial en cuanto ésta demuestra la fecha, el otorgamiento y la autorización de la escritura el 5 de diciembre de 1970..."

Segundo

12. "Acuso la sentencia —dice el recurrente— por ser violatoria de la ley sustancial, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas".

El error de derecho lo hace consistir en la indebida apreciación de la segunda copia de la ecritura 4585, con la constancia de su registro; de la copia de la misma llevada al juicio, enviada directamente por la oficina donde se otorgó; de las certificaciones y testimonios de la Notaría; del acta de inspección judicial obrante en autos y del cheque mencionado en el ordinal b) del numeral 4 anterior, la cual llevó al fallador a violar los artículos 2º de la Ley 50 de 1936; 1434, 1502, 1602, 1740, 1741 y 1857 del C. C., "infringiendo como violación medio" los artículos 1758, 1759, 1765 y 1767 del C. C.; 187, 244 y ss., 252, 254, 256, 258, 262, 264, 265, 268, 276, 277, 278, 279 y 280 del C. P. C.; 5º de la Ley 75 de 1916; 63, 85, 91, 100 y ss., y 186 de la Ley 46 de 1923; y 1º de la Ley 8 de 1925.

13. En cuanto al **error de hecho**, que según el censor es evidente, dice que "resulta cuando el Tribunal da por demostrado, sin estarlo, que el señor Carlos Soto P. es acreedor de la sucesión y sociedad conyugal demandadas; que tal calidad es anterior al 5 de diciembre de 1970, fecha cierta de la escritura 4585, y que el perjuicio de dicho acreedor es evidente y real. En el expediente no existe prueba alguna que demuestre estos extremos, fuera del cheque cuyo valor como prueba se analizó, es decir, que el Tribunal supuso que la sucesión y la sociedad conyugal o los herederos del señor Libardo Arango eran deudores del demandante; igualmente que es cierto y actual el perjuicio del supuesto acreedor y que éste, debido a lo reducido del patrimonio de su deudor o de sus sucesores, no está en posibilidad de hacer efectivo el valor del citado cheque y, por último, que el contrato de compraventa se celebró dolosamente y con el propósito de causar perjuicio, incurriendo así en manifiesto error de hecho", que llevó al sentenciador a "aplicar indebidamente los artículos 2º de la Ley 50 de 1935, 1502, 1602, 1740, 1741 y 1857 del Código Civil".

14. Bien sabido es que uno de los cambios fundamentales operados en el procedimiento civil por el nuevo Código sobre la materia, vigente desde el 1º de julio de 1971, fue el referente al sistema de apreciación probatoria: porque del consistente en la tarifa legal, se pasó al de estimación "de acuerdo con las reglas de la sana crítica". Por tal razón, el error de derecho en casación, definido por la doctrina jurisprudencial como el cometido por el juzgador al ponderar la eficacia demostrativa de las pruebas, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les da, lo que "entraña una discrepancia entre el mérito demostrativo que al medio de prueba le asigna o le niega la ley y el que le desconoció o le atribuyó el sentenciador" (CXXXVI, 54), no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, sufrió una modificación correlativa, que la Corte ya tuvo oportunidad de estudiar, llegando a las siguientes conclusiones:

"Siguiendo el sistema de la tarifa legal de prueba, que era el dominante en el Código Judicial que rigió hasta el 30 de junio de 1971 y por ende aplicable cuando se profirió el fallo aquí impugnado, en el error de derecho podían incurrir los Tribunales al ponderar en su valor legal los medios para los

que dicha ley determinaba su mérito probatorio. Empero, como el Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia el 1º de julio de ese año, aunque conservó la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los medios de prueba, como exigencia indispensable para que el litigante contra el cual se oponen los conozca y pueda por tanto contradecirlos, en lo referente a su apreciación consagra como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente, pues subsiste sin embargo en casos como en el que el sentenciador aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o en el que, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa en su eficacia por estimar erradamente que fueron ilegalmente ritуadas; o cuando exigiéndose por la ley un medio de prueba específico para demostrar determinado hecho o acto jurídico, el fallador no le atribuye a dicho medio el mérito señalado o se le otorga a uno distinto; y cuando le da valor probativo a un medio que la ley expresamente prohibe para el caso". (Cas. Civ., 7 de septiembre de 1972, no publicada aún, dictada en el proceso instaurado por Lucila Riveros v. de Parra y otros frente a Carlos Alfonso Parra Ramírez).

Los errores de derecho endilgados por el recurrente en el cargo primero y en la parte inicial del segundo, como quedó visto al darse cuenta de ellos anteriormente, se reducen, en síntesis, a que el fallador no le dio a la escritura 4585 el valor que la ley le asigna, o sea el de que "el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y en su fecha..." (Art. 1759 del C. C.), y a que no le reconoció valor de prueba completa a la inspección judicial practicada en el curso de la primera instancia, "en cuanto ésta demuestra la fecha, el otorgamiento y la autorización de la escritura el 5 de diciembre de 1970..."

En lo referente al primero, el censor está en un error al estimar que la fecha de la escritura no admite prueba en contrario, como si se tratara de una presunción de derecho. Sobre el particular, la Corte tiene dicho que "si es verdad que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, no puede dudarse que si ha habido error en la data, ese error puede demostrase, desde luego en la misma forma plena a que alude la ley" (LXXXIII, 214). Y, efectivamente, a esa conclusión llegó el Tribunal, al apreciar los siguientes medios probatorios aducidos legalmente:

a) En primer lugar, la declaración de la Notaria Cuarta del Circuito de Medellín, rendida el 30 de julio de 1971, según la cual esa "escritura comenzó a otorgarse el 5 de diciembre de 1970 y fue autorizada el 29 de diciembre, fecha en la cual, lógicamente, se expidió la primera copia para el registro. La interrupción en las etapas que comprenden el respectivo proceso, se debió a que los interesados oportunamente no aportaron completos los certificados".

b) En segundo, los certificados de paz y salvo con los impuestos nacionales respecto de la vendedora y de los municipales que, junto con el impuesto departamental de registro, aparecen fechados el 29 de diciembre de 1970.

c) Por último, el empleo de una hoja de papel sellado dada a la circulación el 15 de diciembre y vendida entre ese día y el 19 siguiente.

Son tres elementos de convicción que, para el Tribunal y "de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica", constituyen prueba suficiente para desechar, como lo hizo, la fecha del 5 de diciembre de 1970 como la de la tan citada escritura; por lo que, siendo éste un "elemento decisivo" de un instrumento público, al comprobarse error en él debe deducirse su nulidad.

La inspección judicial nada nuevo trae a lo dicho en la escritura: ella únicamente se limita a confirmar los detalles de la fecha de encabezamiento de aquélla y sus firmas; de manera que lo dicho sobre la primera, puede repetirse para la segunda. Por lo demás estas pruebas no se encuentran en ninguno de los casos de excepción mencionados en la sentencia transcrita arriba para

que, con base en su defectuosa apreciación, puedan dar margen a un error de derecho.

15. Adicionalmente, observa la Corte que el Tribunal no dijo en su sentencia lo que el censor le achaca, como se puso de presente en las transcripciones que se hicieron en el numeral 10 anterior; aquél declaró la nulidad de la escritura 4585, mediante el análisis de las normas pertinentes del Decreto 960 de 1970, así:

a) El "proceso", o gramaticalmente, "el conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno", del perfeccionamiento de la escritura pública, "consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización" (Art. 13).

b) La recepción "consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados"; la extensión es "la versión escrita de lo declarado"; el otorgamiento es "el asentimiento expreso que aquéllos prestan al instrumento extendido"; y la autorización es "la fe que imprime el notario" al instrumento "en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes (se subraya) y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados" (Art. 14). De manera que la culminación del proceso es la autorización, o sea la firma del notario, la cual no puede estamparse sino cuando los requisitos legales para el perfeccionamiento de la escritura pública están totalmente cumplidos. "El notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes (subrayados de la Corte), suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar" (Art. 40).

c) De los requisitos exigidos: (I) el de que "quien disponga de un inmueble o constituya gravamen sobre él, deberá indicar la situación jurídica del bien respecto de la sociedad conyugal, caso de ser o haber sido casado" (Art. 27); y (II) el de presentar, "en el momento de solicitar el servicio notarial" los comprobantes fiscales, sin lo cual el notario no puede extender el instrumento correspondiente (Art. 43, tal como quedó modificado por el 37 del Decreto 2153 de 1970). El primero se incumplió totalmente; el segundo se cumplió, pero con fecha posterior a la que aparece en el encabezamiento de la escritura, como la propia Notaria lo declaró bajo juramento y como se desprende de los certificados de paz y salvo con los impuestos racionales y municipales y del recibo del impuesto departamental de registro.

d) En las escrituras debe constar "la fecha y el lugar de la autorización"; la Notaria Cuarta de Medellín afirma en declaración escrita —admisible como prueba por cuanto a ello la facultaba el artículo 95 del Decreto en cita (Art. 262, Num. 3, C. P. C.)— que dio su autorización a la escritura 4585 el 29 de diciembre de 1970; luego esa fecha ha debido constar en el instrumento, lo que no sucedió. Como este requisito en sentir del Tribunal es "esencial" o "decisivo" según normas del Decreto 960 de 1970 y como su omisión entraña nulidad formal del instrumento, el fallador obró en consecuencia al declararla "respecto de la escritura" 4585 y de conformidad con la pretensión primera de la demanda inicial. De manera que, al declarar la nulidad de la escritura por falta de la fecha de autorización de la misma, concluyese que, indudablemente, aplicó el ad-quem el artículo 99, numeral 4 del Decreto-ley número 960 de 1970.

No dijo el fallador, pues, que los certificados de paz y salvo con los impuestos nacionales y municipales son parte integrante y sustancial de la escritura pública, agregándole requisitos extrínsecos y circunstanciales a las formalidades fijadas por la ley. Se limitó, únicamente, a señalar defectos de la escritura sometida a su consideración, relacionados con el "estatuto del notariado".

16. En cuanto a la parte del segundo cargo, referente al error de hecho, se observa:

a) En primer lugar, que falta en él la llamada proposición jurídica completa. En efecto, como antes se notó, el Tribunal, para arribar a la conclusión a que llegó, o sea a la anulación de la escritura 4585, necesariamente tuvo que aplicar el artículo 99, numeral 4, del Decreto 960 de 1970, pues es el que consagra la nulidad de las escrituras por falta de determinados requisitos y, según se deduce de la transcripción de esa parte del cargo, ahora analizado, tal norma no fue incluida entre las muchas

que el censor cita como violadas por el fallador, tratándose, como se trata, de la que fundamentó su resolución.

Sobre el particular, la Corte ha dicho que "cuando la sentencia del Tribunal ad-quem decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma, sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama 'proposición jurídica completa'. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto ... que, al hablar de violación de la ley sustantiva o sustancial, como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto de quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en unas hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma necesariamente de varios. Y es precisamente, tratándose de este último, como se precisa la necesidad de que, en el recurso extraordinario, la impugnación se haga sobre la base de la llamada 'proposición jurídica completa', presupuesto que se echa de menos en el presente caso" (Cas. Civ., 16 de noviembre de 1967, no publicada aún).

b) "El error de hecho —se ha dicho— 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 o porque se le cercenó su real contenido. Requiérese, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquél por causa de error, sea contraevidente, vale decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el yerro cometido incida en la decisión, pues de lo contrario carecería de eficacia impugnativa" (LXXXVI, 54).

Teniendo en cuenta los principios anteriores, se concluye que por este otro aspecto la censura tampoco puede prosperar. Efectivamente:

El Tribunal, es verdad, le dio al cheque el valor legal que según su concepto le corresponde; en cuanto a la demostración de un crédito a favor del demandante, nacido el 23 de diciembre de 1970, conclusión ciertamente diferente a la que el censor deduce por su parte, después de prolijas reflexiones. En casos tales no puede afirmarse el error de hecho porque, como lo tiene dicho la doctrina jurisprudencial, "si el punto es dudoso, o las pruebas se prestan a diversas interpretaciones, o es menester argüir esforzados razonamientos para convencer de que la conclusión debe ser otra, el error manifiesto queda descartado" (LXXXII, 245). De este documento, por otra parte, el ad-quem no dedujo las otras conclusiones que el recurrente le imputa, pues ni dijo "que es cierto y actual el perjuicio" del demandante; ni que "debido al reducido patrimonio de su deudor o de sus sucesores", Soto no estaba en posibilidad de hacer efectiva su acreencia; ni menos aún, que "el contrato de compraventa se celebró dolosamente y con el propósito de causar perjuicio", afirmaciones éstas hechas en la demanda inicial, que no en la sentencia acusada.

Por último debe notarse que aún en el caso de que el cargo fuera fundado sería intrascendente, porque en caso de infirmarse la sentencia, tendría que llegar la Corte a la misma conclusión a que llegó el ad-quem, por cuanto encontraría demostrada la nulidad "desde el punto de vista formal", de la escritura 4585. En efecto:

En ella no aparece "la fecha ... de la autorización" (se subraya), como lo exige el numeral 4 del artículo 99 del Decreto-ley 960 de 1970, so pena de nulidad. Conclusión a la que fácilmente se arriba al considerar que de acuerdo con el artículo 14 ibídem, la "autorización es la fe que imprime el Notario a éste (el instrumento), en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes", uno de los cuales es la presentación de los comprobantes fiscales, sin lo que el Notario no puede autorizar la escritura (Arts. 40 del mismo Decreto y 37 del 2163 del mismo año). De manera que la ley exige perentoriamente que en los instrumentos públicos aparezca la fecha de la "autorización", es decir, la en que el Notario firma la escritura, que es la última escala del "proceso de su perfeccionamiento"; no la

de la "recepción", que es la primera y que consiste "en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados". Ahora bien: con la declaración de la Notaria Cuarta del Circuito de Medellín, transcrita en la letra a) del numeral 14 anterior, y las otras pruebas analizadas por el Tribunal, quedó demostrado, plenamente, el hecho de que la fecha que figura en la escritura analizada es la de la recepción, o sea la del día en que empezó a otorgarse, según sus palabras, y no la de la autorización, o aquélla en que firmó, que no aparece transcrita pero que, según lo dice, fue el 29 de diciembre de 1970, afirmación ésta corroborada con las otras pruebas al respecto tenidas en cuenta por el fallador y a que anteriormente se hizo referencia. Defecto que, según la norma citada, conduce a la nulidad formal de la escritura.

. . . . . .

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 17 de febrero del presente año, en el ordinario promovido por Carlos Soto P. frente a Néstor Piedrahita Marín y otros.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Causal 2ª. — Proposición jurídica completa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y dos.
(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario que Aseguradora Grancolombiana S. A. promovió contra Teresa Mesa Gómez y otras ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de esta ciudad.

El litigio

En la demanda con que se inició el proceso solicitó la sociedad demandante que frente a Teresa, Rosario, Gloria y Luz Mesa Gómez, y a Rafael Gómez Gómez, se declarase que es dueña de la casa distinguida con el número 3-B-23 de la calle 65 de Bogotá, debidamente determinada por sus linderos, y se condenase, en consecuencia, a los demandados a restituírsela y a pagarle los frutos de la misma "desde cuando el demandante adquirió el inmueble".

Afirma la actora, como fundamento de su pretensión, que el inmueble que reivindica lo adquirió de Roberto Varela y Belén Acosta de Varela por dación en pago, según consta en la escritura 2374 de 28 de mayo de 1968, otorgada en la Notaría 4ª de esta ciudad, debidamente registrada; que Roberto y Belén lo adquirieron por compra hecha a Luis Gómez Lizarralde y Ligia Gómez de Suárez mediante la escritura 2537 de 30 de agosto de 1957, pasada ante el Notario Sexto de Bogotá; que éstos [illegible] por adjudicación que se les hizo en la sucesión de Roberto Gómez Gómez, registrada el 20 de noviembre de 1953; y que Gómez lo adquirió así: el lote de terreno, "parte por partición hecha con Alberto Zuleta Angel y otro según consta en la escritura Nº 2072 de 11 de junio de 1929, corrida en la Notaría Segunda de Bogotá, y parte por permuta con el mismo Alberto Zuleta Angel según consta en la escritura Nº 1231 de 15 de abril de 1930, de la Notaría Segunda de Bogotá"; y la casa, por haberla construido. Afirma, asimismo, que "la sociedad demandante al tratar de entrar en posesión material del inmueble, encontró obstáculo por cuanto los demandados alegaron ser los poseedores de él y se negaron a entregarlo a la demandante".

Las demandadas Mesa Gómez se opusieron a la pretensión aducida en el libelo, alegando haber adquirido el dominio del inmueble que se reivindica por prescripción adquisitiva extraordinaria, afirmando que su posesión proviene de Roberto Gómez Gómez desde hace más de veinte años, y proponiendo las excepciones de prescripción extintiva de la acción y adquisitiva del dominio.

Al demandado Rafael Gómez Gómez no se le corrió traslado de la demanda por haber desistido la demandante de dirigirla contra él.

Trabada en esta forma la controversia, el juzgado la desató en sentencia de 30 de junio de 1971, mediante la cual declaró probada "la excepción perentoria de prescripción de la acción instaurada en este juicio", absolvió a las demandadas de los cargos que les fueron formulados, y condenó en costas a la demandante, la cual apeló de esa resolución. La segunda instancia culminó con la sentencia de 18 de noviembre del mismo

año, sujeta materia del recurso de casación que hoy se decide, por medio de la cual el Tribunal revocó la de primer grado y, en su lugar, acogió las peticiones de la demanda, pero imponiendo a las demandadas la obligación de pagar los frutos naturales y civiles del inmueble "desde el 25 de septiembre de 1957 hasta cuando el pago se efectúe".

Fundamentos de la sentencia impugnada

Luego de precisar que son cuatro los elementos que estructuran la pretensión reivindicatoria: cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, derecho de dominio en el demandante, posesión material en el demandado e identidad entre la cosa que se pretende y la poseída, dice el sentenciador que todos ellos concurren en el caso **sub-examine**.

El primero, desde luego que se reivindica un inmueble debidamente determinado por sus linderos.

El segundo, puesto que los instrumentos públicos allegados al proceso "demuestran el título de la sociedad demandante así como el modo por cuanto están debidamente registrados y además se encuentra vigente el título del actor por no haber sido cancelado en ninguna de las formas establecidas en la ley".

El tercero, por cuanto la posesión material de las demandadas se encuentra acreditada con la confesión de las mismas al contestar la demanda; con la confesión de Teresa Mesa González al dar respuesta a la pregunta primera de las posiciones que les fueron formuladas; con las declaraciones de Héctor Gómez Maya, José J. Ramírez, Isabel de Uribe, María Esther Medina de Guzmán y Adelmo Guevara Carrillo; y con la diligencia de inspección judicial practicada en la primera instancia.

Y el cuarto, en razón de que en la inspección judicial precitada se estableció "que el inmueble inspeccionado situado en la actual nomenclatura de Bogotá en la calle 65 Nº 3-B-23 es el mismo, por sus linderos, a que se refiere la escritura Nº 2374 del 28 de mayo de 1968 de la Notaría Cuarta de Bogotá y es el mismo al cual se refiere por su alinderación (sic) el punto primero del libelo de demanda".

De donde concluye "que en el proceso hay elementos de prueba suficientes para llevar a la convicción de este Tribunal que están acreditados los requisitos o supuestos de hecho exigidos por la norma respectiva en orden a aplicar la consecuencia jurídica allí prevista".

Ocúpase en seguida el sentenciador de la excepción de prescripción propuesta por las demandadas con fundamento en haber tenido la posesión material del inmueble objeto de la litis desde hace más de veinte años, y después de extractar los testimonios de Héctor Gómez Maya, José J. Ramírez, Isabel de Uribe, María Esther Medina de Guzmán y Adelmo Guevara Carrillo, expresa que "el lapso de 20 años requerido para la operancia de la prescripción extraordinaria no puede contarse desde el año de 1946 o 1947, en que se dice empezó la posesión, en virtud de que en dicha fecha empezó únicamente el contrato de comodato que conlleva la tenencia del bien y que implica reconocimiento de dominio ajeno", como aparece de la carta que el 13 de agosto de 1957 dirigió Teresa Mesa C., en nombre de sus hermanas, a Roberto Gómez; que, a juicio del Tribunal, las demandadas comenzaron a poseer en nombre propio el inmueble de que se trata, el 25 de septiembre de 1957, fecha en que dirigieron al mismo Roberto Gómez la carta que obra al folio 31 del cuaderno 2º, en la cual rechazan la solicitud que éste les hiciera de que desocuparan la casa, manifestando que "hemos tomado la determinación de no abandonar ni entregar la casa", y que "así queda Ud. con facultad para tomar las medidas conducentes de acuerdo con su criterio y su conciencia"; que "si la posesión material de las demandadas tuvo su iniciación el día 25 de septiembre de 1957 y la demanda se presentó el día 27 de mayo de 1970, habiendo sido notificada el 3 de junio del mismo año, se deduce que no ha transcurrido el lapso de 20 años necesarios para la prescripción extraordinaria propuesta por la parte demandada"; y que no es el caso de aplicar el precepto del ordinal 3º del artículo 2531 del C. C., pues no probaron las demandadas haber poseído "sin violencia", y, por el contrario, del proceso aparece que su posesión fue violenta, pues a términos

del artículo 773 del mismo estatuto "el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño lo repele, es también poseedor violento".

Finalmente, con el intento de fundar su pronunciamiento sobre prestaciones mutuas, dice el ad-quem: "En el caso sub-judice, la Sala ha considerado que las demandadas son poseedoras irregulares y de mala fe, desde el 25 de septiembre de 1957 en que retuvieron el bien repeliendo al propietario y por ende adquiriendo la calidad jurídica de poseedoras violentas. Esto significa que desde esa fecha deben producirse las restituciones mutuas en razón de que en el lapso comprendido entre 1946 y 1947 tenían el inmueble a título de comodato no siendo poseedoras sino simplemente meras tenedoras".

La demanda de casación

Tres cargos formúlanse en ella a la sentencia del Tribunal: los dos primeros en el ámbito de la causal primera, y el último con fundamento en la segunda. El examen lógico de los mismos impone el despacho preferente del tercero, y, en consecuencia, a ello procede la Corte.

Cargo tercero

Hállase concebido así:

"Con base en el numeral 2º del precitado Art. 368 del C. P. C., acuso la sentencia materia del recurso por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda en violación del Art. 305 ibídem.

"La disposición violada es terminante en el sentido: 'de que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda' (inciso 2º).

"Ello no obstante con evidente exageración respecto a la solicitud incoada por la actora visible a Fl. 13 vto. del Cdno. 1º, en que ésta demanda por los frutos civiles y naturales 'desde cuando el demandante adquirió el inmueble', la sentencia recurrida condena a estos mismos frutos desde el 25 de septiembre de 1957.

"Consta en los autos que la sociedad demandante adquirió el bien por dación en pago protocolizada en la Notaría 4ª de este Circuito con fecha 28 de mayo de 1968, de tal suerte que la simple confrontación cronológica entre el petitum de la parte actora y la resolución de la sentencia, demuestra que se incurrió en el yerro conocido como: 'ultra petita', figura ésta expresamente excluída por nuestro ordenamiento civil".

Se considera

1. Siendo la sentencia el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela dispensa la ley a un interés jurídico determinado, debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas por el demandante y con las excepciones que asisten al demandado, puesto que unas y otras delimitan el campo dentro del cual ha de ejercer aquél su poder de decisión. De ahí que el Código Judicial estatuyera en su artículo 471 que "las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y que el nuevo Código de la materia, en forma más técnica, establezca que "la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley" (Art. 305).

2. La falta de consonancia del fallo con aquellos extremos de la controversia entraña un ejercicio excesivo o defectuoso de la jurisdicción por lo que al contenido del mismo atañe, y, por consiguiente, ofrécese aquélla en tres casos, a saber: cuando se concede algo distinto de lo pedido (extrapetita); cuando se otorga más de lo pedido (ultra petita); y cuando se deja sin decidir algún punto de la pretensión o alguna de las excepciones (citra petita). En la última hipótesis el fallo es deficiente puesto que no ha desatado la litis en su totalidad; y en las otras dos excesivo por cuanto el sentenciador carece de jurisdicción para proveer sobre cuestiones que no fueron sometidas a su decisión.

3. Al proceder, sobre estas bases, a examinar el cargo que por incongruencia se le endilga al Tribunal, lo encuentra fundado la Corte, puesto que habiendo impetrado

expresamente la demandante se condenase a las demandadas a pagarle "los frutos civiles y naturales que el mencionado inmueble haya producido o podido producir con mediana inteligencia desde cuando el demandante adquirió el inmueble" (se subraya), o sea desde el 28 de mayo de 1968, fecha de la escritura de adquisición, la condena a pagarlos "desde el 25 de septiembre de 1957" resulta manifiestamente incongruente, por haber otorgado más de lo pedido.

No obstante la prosperidad de este cargo, se procede a estudiar los otros dos, por recaer aquél sobre parte de las resoluciones de la sentencia del Tribunal, tal como lo establece el artículo 375, inciso 2º, del C. de P. C.

Cargo primero

Denúnciase en él violación del artículo 2531 del Código Civil, por falta de aplicación.

Fúndalo el censor en las siguientes consideraciones:

"Situada la controversia en la figura jurídica de la usucapione, cabía examinarla a la luz del Art. 2531 del C. C., el cual resulta violado en su numeral primero que dice terminantemente que: 'para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno'.

"Pero la sentencia acusada en palmaria violación de esta disposición sustantiva, afirma a folio 26 vto. del Cdno. Nº 5 que: 'no obra en el proceso la prueba de la verificación de la donación, ni mucho menos de la insinuación judicial, prueba ad-solemnitatem exigida por la ley para la existencia del ameritado hecho jurídico'.

"La sentencia del Tribunal es conducida a esta violación de la ley por el error de estimar que la parte demandada fundamenta la excepción en un título adquisitivo del dominio distinto al de la prescripción, siendo así que desde la contestación de la demanda y a través del proceso lo que se afirma es la posesión por un lapso superior a los veinte años que exige el artículo 1º de la Ley 50 de 1936. Por ejemplo en mi alegato de conclusión visible al Fl. 12 vto., del Cdno. Nº 5 se decía: 'Bien es cierto que la donación de bienes raíces tiene solemnidades propias que en este caso no se cumplieron. Es obvio: si la donación se hubiera perfeccionado, pues este litigio no existiría. Precisamente por carecer de la perfección de su título, es por lo que las demandadas exceptúan como poseedoras largas, de más de veinte años, a fin de usucapir el bien'.

"Por consiguiente, las consideraciones transcritas en la sentencia recurrida y que son parte esencial del fundamento de la misma, riñen con el texto citado de la ley, produciéndose en tal forma el rechazo de la excepción de manera ilegal".

Se considera

1. La ley de procedimiento civil brinda a las partes la posibilidad de impugnar, en casación, una sentencia proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior, a través de causales precisas y autónomas, y la Corte sólo puede enjuiciar esa sentencia dentro de los estrictos límites que le señale el impugnante y en el campo exacto en que se reclame su intervención. De ahí que ese estatuto, luego de señalar en su artículo 368 las causales de casación, exija en el 374 que la demanda respectiva contenga "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, si se trata de la causal primera".

2. Constituyendo el fundamento de dicha causal primera el quebranto "de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea", la precisión y claridad en la formulación del cargo exigen terminantemente que el censor señale la norma o las normas de esa índole que habría infringido el sentenciador, indicando concretamente el concepto de la violación.

Son normas sustanciales las que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un precepto único sino por varios que se

complementen entre sí, para que la acusación sea cabal ha de comprender inexcusablemente todos y cada uno de ellos, pues sólo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa. "Si el recurrente —ha dicho la Corte— no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto (Decreto 528 de 1964, Art. 52. Ord. 1º, hoy C. de P. C. Art. 368, Num. 1º) que al hablar de violación de la ley sustantiva o sustancial como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto del quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en una hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensablemente de varios. Y es precisamente tratándose de este último evento, como se precisa la necesidad de que en el recurso extraordinario la impugnación se haga sobre la base de la llamada proposición jurídica completa..." (Sentencia de 16 de noviembre de 1967, ordinario de Humberto Jaramillo Botero y otro contra José Manuel Echeverri, aún no publicada).

3. El cargo que se estudia no se ajusta a la preceptiva técnica del recurso extraordinario, por dos razones, a saber:

a) Porque no estructura la indispensable proposición jurídica completa, desde luego que persiguiendo las demandadas el reconocimiento de la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio sobre el inmueble que se reivindica, tenían que señalar como infringidas las normas de nuestro Código Civil que regulan ese modo de adquirir el dominio; y acontece que el impugnante se limitó a denunciar quebranto, por falta de aplicación, del artículo 2531 del C. C., siendo así que existen otros preceptos que disciplinan el punto, como son el 2532 del mismo estatuto, según el cual "el lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción, es de treinta años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2530", y el 1º de la Ley 50 de 1936 que redujo a veinte años ese término. Esta defectuosa formulación del cargo hace impróspera la acusación. Y

b) Porque constituyendo fundamento primordial del fallo impugnado el artículo 946 del C. C., ha debido acusarse la sentencia del Tribunal como violatoria de ese precepto por aplicación indebida, pues mientras en el recurso extraordinario no se demuestre el error jurídico en que habría incurrido el sentenciador al aplicarlo, el ataque a la sentencia resulta ineficaz, puesto que su actuación en el caso sub-lite continúa amparada por la presunción de acierto.

"Cuando una sentencia es acusada en casación en el ámbito de la causal primera —se ha dicho—, el impugnante, por razón de la preceptiva ineludible del recurso, está obligado a dirigir el ataque contra las bases en que el proveído descansa, como que es éste en sí mismo, cual thema decissum, lo que queda sujeto, dentro de los intraspasables límites que la censura señale, al juicio de la Corte, que ha de decidir si el pronunciamiento se ajusta, sí o no, a las normas de derecho aplicables a la hipótesis del pleito". (CXXXIX, 70).

Cargo segundo

Enúncialo así el recurrente: "Acuso la sentencia recurrida, ahora con base en el inciso 2º del numeral 1º del citado Art. 368 del C. de P. C., por apreciación errónea de la prueba basada en manifiesto error de hecho".

Desenvuélvese la acusación en una serie de consideraciones referentes a los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la carta de 13 de agosto de 1957 que Teresa Mesa Gómez dirigió a Roberto Gómez, para concluir que "si la H. Corte encuentra una evidente y sustancial equivocación en la apreciación de esta prueba, toda la fábrica de la sentencia recurrida se falsea y aún se desploma, porque del mismo documento, rectamente interpretado, se deducen los elementos axiológicos de la prescripción adquisitiva, a saber: transcurso del tiempo por la fecha cierta del documento; y tenencia con ánimo de señor y dueño, por el acuerdo de voluntades entre las poseedoras Mesa Gómez

y el heredero Gómez Lizarralde para comprar y vender una cosa, que no puede ser otra que los derechos posesorios según toda la evidencia procesal".

Se considera

1. "Si el fundamento de todo cargo que en casación se formule por la causal primera —ha dicho la Corte— es la violación de una norma de derecho sustancial, no basta, cuando el ataque se hace por vía indirecta, imputar al sentenciador errónea apreciación de la demanda o errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, sino que es necesario señalar, además, las normas sustanciales que a causa de tales yerros habría infringido el Tribunal, bien por falta de aplicación o por aplicación indebida. Vano resulta, por tanto, el cargo que se limite a atribuir al sentenciador errores en el campo de las pruebas o en la interpretación de la demanda, sin proyecciones sobre preceptos de derecho sustancial, pues que aun existiendo tales errores la sentencia no podría ser casada por no haberse demostrado lesión de normas de ese rango". (Sentencia de 15 de junio de 1972, ordinario de Inés Murcia de Rodríguez contra Inés Rojas de Carrera y otra, aún no publicada).

2. Esto es precisamente lo que acontece con el cargo que se examina, pues no obstante invocar como fundamento del mismo la causal primera de casación, no señaló el censor como violado por el Tribunal precepto alguno de derecho sustancial. Y no puede entenderse que haya querido referirse al citado en el cargo anterior, puesto que cada acusación tiene entidad propia y, por lo mismo, no es admisible el intento de completar un cargo con la referencia que se haga a otro, ya sea en cuanto a las normas que se estimen infringidas, o en cuanto a las pruebas que se consideren mal apreciadas, o en cuanto a las razones en que se funde.

3. Mas en la hipótesis, aceptable sólo en gracia de discusión y como para agotar el razonamiento, de que pudiera integrarse así la acusación, estaría igualmente condenada al fracaso en razón de los defectos de técnica en que incidió el impugnante al formular el primer cargo, consistentes en no haber estructurado la proposición jurídica completa y en no haber señalado como quebrantadas, por aplicación indebida, las normas que sirvieron de apoyo al sentenciador para decretar la reivindicación impetrada por la sociedad demandante.

Se desecha el cargo.

Sentencia de reemplazo

Habiendo hallado la Corte próspero el cargo que por incongruencia se le formuló a la sentencia del Tribunal, habrá de casarla a efecto de ajustar al **petitum** de la demanda la condena al pago de frutos. En consecuencia, se reproducirán, en lo sustancial, los ordenamientos que no fueron materia de ataque en el recurso extraordinario y aquellos respecto de los cuales la acusación resultó frustránea.

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, CASA la sentencia de dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar, como juzgador de instancia,

Resuelve

Primero. Revócase la sentencia de treinta (30) de junio del mismo año, proferida por el Juzgado Veinte del Circuito Civil de Bogotá.

Segundo. Declárase que la sociedad demandante, **Aseguradora Grancolombiana S. A.**, es dueña de la casa de habitación distinguida con el número 3 B-23 de la calle 65 de Bogotá, y del lote de terreno en que se halla construída, alindado como se expresa en el hecho primero de la demanda.

Tercero. Condénase a las demandadas Teresa, Rosario, Gloria y Luz Mesa Gómez, a restituir a la sociedad demandante el inmueble a que se refiere el numeral segundo de esta providencia, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la misma.

Cuarto. Condénase, asimismo, a las demandadas, Teresa, Rosario Gloria y Luz Mesa Gómez, a restituir a la sociedad demandante los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble precitado, y no solamente los producidos sino los que hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad, desde el día veintiocho (28) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho (1968) hasta cuando el pago se efectúe.

Quinto. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Sexto. Las costas de las dos instancias a cargo de las demandadas.

Séptimo. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.



CONFLICTO DECOMPETENCIA

Entre Jueces de Menores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se procede a dirimir el conflicto de competencia surgido entre los jueces civiles de Menores de Bogotá, Manizales y Pereira para conocer de este proceso sobre suspensión de la patria potestad que intentó Inés Zuluaga de Duque contra Germán Duque Vélez.

Antecedentes

1. Inés Zuluaga de Duque, diciéndose mayor y de esta vecindad, demandó a su marido Germán Duque Zuluaga "también mayor y vecino de esta ciudad" ante el Juez Civil de Menores de Bogotá, para que se decretara la suspensión de la patria potestad de éste sobre los hijos comunes llamados Roberto, Marisol y Germán Duque Zuluaga y para que ordenase a su favor el depósito provisional de los mismos.

2. Con oposición del demandado se tramitó el proceso en cuestión de conformidad con las normas pertinentes de las Leyes 83 de 1946 y 75 de 1968, se practicaron pruebas y se oyeron las alegaciones de los menores, de las partes y de los parientes, hasta que la Defensora Civil de Menores que había venido interviniendo en la actuación, en escrito sin fecha que obra a folio 74 del C. Nº 1, solicitó al juzgado del conocimiento "se sirva ordenar que las presentes diligencias sean remitidas al señor Juez de Menores de Manizales, teniendo en cuenta que los menores, al igual que la demandante, se encuentran domiciliados en dicha ciudad desde marzo del año en curso".

3. A la solicitud que acaba de mencionarse recayó el auto del 26 de mayo de 1972, mediante el cual el juez del conocimiento de Bogotá resolvió lo siguiente: "...en atención a lo solicitado por la Defensora de Menores... se dispone: Previa desanotación remítase el proceso al señor **Juez Primero Civil de Menores de Manizales, Caldas**".

4. El Juez de Manizales inició su actuación con la providencia del 15 de junio siguiente en la que ordenó remitir el negocio al Juez Promiscuo de Menores de Pereira, en atención a que Martha Zuluaga de Echeverri le dirigió una solicitud en ese sentido, diciendo ser hermana legítima de la demandante, quien "está residenciada en Pereira (Risaralda), toda vez que mi papá, de nombre **Leonidas Zuluaga** le compró una casita... a fin de que estuviera más cerca de él, pero no viviendo en la misma casa, como también para que los niños no estén rodando...".

5. Llegando el proceso a Pereira, el Juez 2º Promiscuo de Menores de esa ciudad, en providencia del primero de julio siguiente, ordenó devolverlo al juzgado remitente "pues este Despacho no comparte la tesis del cambio de radicación en este juicio y máxime sin el lleno de los requisitos legales. La competencia en los negocios no está a voluntad de las partes y menos de una sola, ahora: El Juzgado de origen pecó al no notificar al demandado el cambio de radicación y el de Manizales también falló en el mismo sentido y, especialmente, en atender el pedimento de un extraño en el juicio... Este Despacho estima que no tiene competencia para dictar sentencia y ello lo impele a devolver el negocio. Artículo 13 a 21 del C. Judicial".

6. Regresó, pues el proceso a Manizales y el Juez Primero de Menores, en auto de 21 de los mismos, insistió en su falta de competencia para conocer de él y dispuso "devolver el presente negocio al señor Juez Quinto Civil de Menores de Bogotá para que resuelva lo que estime conveniente", cumplido lo cual, este último en auto del 9 de agosto próximo pasado, luego de reseñar la actuación surtida a partir del momento en que el proceso salió de ese despacho, concluyó diciendo que "se colige que lo realmente ha sido planteado por el señor Juez Segundo Promiscuo de Menores de Pereira en este caso en un conflicto de competencia entre dos (sic) Juzgados de distintos Distritos Judiciales, que él no se tramitó conforme a las prescripciones legales, en este evento los Arts. 28 y 140 del Código de Procedimiento Civil. Débese, pues, propender porque el orden procesal sea restablecido...". En tal virtud, ordenó remitir el negocio al despacho judicial mencionado "para que conozca de él por ser el competente para ello, o para que, si cree no serlo, proceda a dar su negativa el trámite legal respectivo".

7. El Juez de Pereira, en próvidencia fechada el 30 del mismo mes, hace algunas consideraciones referentes a la competencia para el conocimiento de los procesos en que se debate la patria potestad de hijos de familia, expresa que al efecto no son valederas las razones expuestas por la Corte en relación con los juicios de alimentos, por tratarse de cuestiones distintas y concluye así: "Por ello, este Juzgado se declara incompetente (artículos 13 y 21 del Código Judicial) para conocer del presente negocio y, consecuencialmente ordena remitirlo a la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia para que dirima el conflicto surgido, como lo disponen los artículos 28 y 140 del C. de Procedimiento Civil".

Para resolver se tiene en cuenta

1. En los procesos de suspensión de la patria potestad de que conocen los jueces de menores, originados en incumplimiento de deberes de los padres o de la situación de peligro en que se hallan los hijos el Art. 2º de la Ley 83 de 1946, en cuanto a competencia dispone lo siguiente: "En cada capital de Departamento habrá un funcionario judicial denominado Juez de Menores que conocerá privativamente y en una sola instancia de las diligencias a que dieron lugar las infracciones penales cometidas por los menores de diez y ocho años en el territorio respectivo, y de las situaciones de abandono o peligro moral o físico en que se hallaren los menores de la misma edad". (se subraya). De esta suerte, corresponde conocer de los procesos en cuestión, al juez de Menores del lugar en donde los menores se encuentran en las situaciones a que se refiere el precepto transcrito, que por regla general, y en cuanto alguno de los padres los tenga a su cuidado, será el de la residencia del demandante.

2. En el caso sub-judice se pretende que se decrete la suspensión de la patria potestad que el marido demandado tiene sobre los tres hijos comunes y con ese fin la demandante presentó su libelo ante el Juez Civil de Menores de Bogotá, afirmando ser esta ciudad el domicilio y la residencia de ambos, afirmación que fue corroborada por el demandado en el escrito mediante el cual confirió poder a un abogado para que lo representase en el proceso. Del hecho 7º de la demanda se deduce en forma inequívoca que los hijos están en poder de la madre. En estas condiciones, la competencia de dicho juez de Menores de Bogotá para conocer de este litigio no se remite a la menor duda.

3. Cuando se ha formado la relación jurídico-procesal de acuerdo con las normas propias legales de cada caso y sobre la base de que la competencia del juez está ajustada a las mismas, por aplicación del principio de la "perpetuatio jurisdictionis" tal competencia ya no puede variarse, salvo en los casos que señala el Art. 21 del C. de P. C. Circunstancias sobrevinientes a ese preciso momento, con las salvedades de carácter excepcional que indica el citado Art. 21, no pueden alegarse o invocarse a intento de cambiar esa competencia que originalmente estuvo ajustada a la ley y que por tanto, vincula al juez y a las partes, sin que ni aquél ni éstas puedan variarla a su antojo durante la secuela del proceso (Art. 6º C. de P. C.). Durante la tramitación del proceso, la competencia sólo podría variar en cumplimiento de nuevas normas

legales que por ser de aplicación inmediata según el Art. 40 de la Ley 153 de 1887 "prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

De lo expuesto se concluye que si cuando se formó la relación jurídico-procesal en el negocio sub-judice, por tratarse de un caso de suspensión de la patria potestad suscitado entre cónyuges domiciliados y residentes ambos en Bogotá, el competente era el Juez Civil de Menores de la misma ciudad, el sólo hecho de que alguna de las partes hubiese cambiado inter mora litis el municipio de su domicilio o residencia, no podía en manera alguna alterar la competencia que dicho juez tenía para conocer del proceso, y por consiguiente, que es a éste a quien corresponde seguir conociendo del mismo.

Es absolutamente injurídico que ante una simple manifestación de la Defensora Curadora de Menores, desprovista de toda prueba y presentada cuando la actuación ya se encontraba muy adelantada, el Juez Civil de Menores de Bogotá, sin fundamento legal alguno, hubiese optado por remitir la actuación a un juez distinto, y también lo es, que el de Manizales, ante la información de un tercero igualmente sin prueba que le sirviera de respaldo, hubiese remitido el proceso al Juez de Pereira. Todos esos jueces han debido dar cumplimiento a las normas legales propias del conflicto de competencia, como finalmente lo hicieron, en lugar de propiciar el peregrinaje del proceso de uno a otro despacho judicial, con la consiguiente demora en la decisión del mismo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, decide que el Juez 5º Civil de Menores de Bogotá es el competente para continuar conociendo de este proceso y ordena que al efecto se le remita el expediente.

Cópiese y notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Notificación de providencias. — Los Arts. 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 no son normas sustanciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., octubre dieciocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 7 de abril del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el proceso ordinario instaurado por Jerónima Pitalúa Salcedo frente a Alberto Galvis Granados.

II

El litigio

1. Mediante escrito de 12 de enero de 1968, la citada Jerónima Pitalúa Salcedo demandó ante el entonces juzgado promiscuo del circuito de Montería a Alberto Galvis Granados, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que "es nulo el desistimiento del juicio y de la acción propuesto dentro del juicio ordinario que promovió... la señora Jerónima Pitalúa Salcedo contra Alberto Galvis Granados, de que trata el memorial de fecha catorce (14) de mayo de mil novecientos sesenta y tres, aceptado por el Juzgado en providencia del mismo catorce de mayo de mil novecientos sesenta y tres, por cuanto tal desistimiento aparece subordinado a la transacción y ésta no existió"; que, consecuencialmente, se declarase la existencia entre ellos, desde marzo o abril de 1950 y hasta diciembre de 1967, de una sociedad de hecho; que se ordenase su liquidación en virtud de haber quedado disuelta, en la fecha últimamente indicada, por voluntad de los socios; que se tuviesen como integrantes del patrimonio social los bienes muebles e inmuebles que la demanda relaciona y especifica; y que en la liquidación le fueran adjudicados a la demandante bienes equivalentes a la mitad del acervo social líquido.

En subsidio de lo anterior solicitó la actora que se declarase que la sociedad de hecho constituida por ella y por su demandado, existió desde fines de mayo de 1963 y hasta diciembre de 1967; que dicha compañía está disuelta; que, consecuencialmente, se ordenase su liquidación, teniendo como bienes sociales los muebles e inmuebles que allí relaciona; y que en la distribución del patrimonio social le fueran entregados a cada uno de los socios los bienes que legalmente corresponden.

Pretende igualmente la demandante que, en el caso de la improsperidad de las anteriores súplicas, se declare que el demandado obtuvo un enriquecimiento sin causa a expensas de aquélla; y que, de consiguiente, se lo condene a pagarle "las indemnizaciones o reparaciones tendientes a la finalidad de compensar el empobrecimiento" experimentado por ella.

2. Como hechos constitutivos de la causa petendi la demandante invocó, en síntesis, los siguientes:

a) en el año de 1950, "por los meses de marzo o abril", Alberto Galvis Granados y Jerónima Pitalúa acordaron unirse con el fin de trabajar juntos en procura de un patrimonio, común, que luego habría de dividirse entre ellos;

b) como consecuencia de tal acuerdo se establecieron en la región de Mocarí, en donde mediante el esfuerzo de ambos ini-

ciaron cultivos de algodón que les produjeron muy buenos beneficios;

c) esa serie coordinada de actividades comunes y conjuntas la continuaron luego, extendiéndola a otras labores de campo, negocios de ganadería, compra de inmuebles, etc., con tan buena suerte que alcanzaron considerable éxito económico;

d) las diferentes negociaciones se hacían indistintamente por el uno o por la otra, actuando en todas ellas en pos de un interés común, dividiéndose el trabajo para obtener mejores beneficios en los negocios, a tal punto que sus actuaciones denunciaban públicamente la existencia entre ellos de una sociedad de hecho;

e) la permanente y común actividad de orden patrimonial condujo a los asociados a unirse en relaciones más íntimas, por lo que decidieron residir "bajo un mismo techo, viviendo como marido y mujer, pero, siendo el principal propósito de tal unión especular en negociaciones que produjeran utilidades económicas, y no el de crear, fomentar o prolongar las relaciones sexuales fuera del matrimonio";

f) la sociedad de hecho surgida de la actividad común de los amantes funcionó de modo continuo desde los meses de marzo o abril de 1950, hasta diciembre de 1967 en que la demandante buscó la liquidación de la misma;

g) "Es conveniente anotar —dice la demanda en el hecho 12— que en el año de 1963 se propuso por mi mandante Jerónima Pitalúa un pleito similar al presente contra Alberto Galvis en el entonces Juzgado Unico Civil del Circuito, pero dicho pleito concluyó por desistimiento conforme a memorial suscrito por los apoderados de las partes y aceptado por el Juzgado del conocimiento en auto de mayo 14 de 1963"; "sin embargo —añade en el hecho siguiente— tal desistimiento de la acción, debe declararse sin validez, porque él aparece subordinado a la transacción y ésta no existió"; y,

h) después del 14 de mayo de 1963, los socios Galvis y Pitalúa continuaron trabajando de consuno en labores agrícolas, ganaderas y comerciales, logrando adquirir varias propiedades muebles e inmuebles que la demanda relaciona y determina.

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda negando los hechos en ella invocados, salvo el referente al desistimiento del primer proceso, el cual aceptó, y oponiéndose a todas las pretensiones de su demandante.

Afirmó que nunca existió entre él y Jerónima Pitalúa sociedad de hecho; que con ésta sólo mantuvo "relaciones concubinatarias, con comunidad de habitación, interrumpidas bastante a menudo, por períodos más o menos largos que se daba de vacaciones sexuales la señora"; y agregó que el desistimiento referido fue la consecuencia del contrato de transacción celebrado en mayo de 1963, contenido en documento reconocido ante notario y por consiguiente auténtico. Finalmente propuso las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción, y las que denominó "falta absoluta de derecho para pedir" e "incapacidad de la demandante para tener sociedad a título universal con persona distinta de su esposo".

4. Trabada así la relación procesal el juzgado del conocimiento, que a la sazón era el Segundo Civil del Circuito de Montería, le puso fin a la primera instancia con sentencia de 28 de octubre de 1970 mediante la cual resolvió:

"Primero. **Declarar** como en efecto se declara nulo el contrato celebrado entre la demandante **Jerónima Pitalúa Salcedo** y **Alberto Galvis Granados** con fecha 14 de mayo de 1963, por haberse celebrado comprendiendo en el mismo derecho que no existía en dicha fecha.

"Segundo. **Como consecuencia** de la anterior declaración, se declara asimismo que entre los señores **Jerónima Pitalúa Salcedo y Alberto Galvis Granados** existió un sociedad de hecho, la cual tuvo vigencia desde el año de 1950 hasta el año de 1967, y que durante su vigencia se dedicaron los socios en forma conjunta a la explotación de productos agrícolas, compra, cría y levante de ganado.

"Tercero. **Decretar** la disolución y liquidación de la sociedad de hecho que existió entre Jerónima Pitalúa Salcedo y Alberto Galvis Granados, la cual aparece todavía a esta fecha ilíquida, y cuya liquidación se solicita por medio de este libelo de demanda.

"Cuarto. Inscríbase en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad.

"Quinto. Procédase para los efectos que continúan de conformidad con las disposiciones que rigen los inventarios y partición de bienes de una sucesión, o liquidación de la sociedad conyugal.

"Sexto. Condénese en costas a la parte vencida en este juicio".

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandado el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, el que, por sentencia de 7 de abril del presente año, revocó el fallo apelado y en su lugar negó las súplicas impetradas en la demanda e impuso las costas de ambas instancias a la demandante, quien propuso contra dicha providencia el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, acomete el sentenciador ad-quem, separadamente, el estudio de las diferentes pretensiones que acumuladamente encuentra deducidas en la demanda.

2. En esta tarea, el Tribunal inicia sus consideraciones con el análisis de la petición primera, referente a la nulidad del desistimiento, la que estima fundamental para decidir la cuestión debatida.

En torno a ella, luego de aseverar que con las copias visibles a folios 35 y 37 del cuaderno principal, unidas a la confesión que la demandante hizo al través del hecho undécimo de su demanda, aparece demostrado que con antericridad al presente y con el mismo objeto existió entre las mismas partes un proceso que terminó por desistimiento el 14 de mayo de 1963, expresa que en la providencia del juzgado a-quo, la que califica de contradictoria, se anula "la pretendida transacción" por inexistencia de los derechos sobre los cuales recayó, para reconocer, a renglón seguido, la existencia de una sociedad de hecho entre los querellantes desde el año de 1950. "Luego —dice el Tribunal—, en la misma parte resolutiva de la sentencia se está aceptando que para la época de la pretendida transacción sí tenía existencia el derecho que se niega para anularla, puesto que era objeto de una demanda en busca de un pronunciamiento jurisdiccional".

3. Teniendo por cierto e indiscutible que Jerónima Pitalúa y Alberto Galvis, con ocasión del proceso que "sobre una presunta sociedad de hecho" aquélla había instaurado antes contra éste, ajustaron la convención contenida en documento por ellos firmado el 14 de mayo de 1963; que en esa misma fecha "desistieron del juicio y de la acción"; y que tal desistimiento fue aceptado por el juzgado del conocimiento, pasa el sentenciador a determinar los efectos jurídicos de dicho acto procesal, expresando el punto: "... como consecuencia de ese desistimiento, la actora en aquel juicio no podía volver a demandar a Galvis en ejercicio de la misma acción, como claramente lo determina el artículo 462 del extinguido Código de Procedimiento Civil; sin embargo, se inició contra Galvis la acción que nos ocupa, cuyo objeto y título es idéntico al de la que fue materia de desistimiento entre las mismas partes, que no podía proponerse 'por la misma parte y en la misma vía', como consecuencia ineludible del desistimiento simple de que fue objeto la acción anterior".

Prosigue el sentenciador su análisis crítico del fallo de primera instancia, destacando que en éste se declaró la invalidez de un acto jurídico distinto del impugnado en la demanda incoativa del presente proceso. En apoyo de su afirmación observa que aunque ciertamente las partes celebraron una "presunta transacción", en la demanda no se pide la nulidad de ese contrato sino la del desistimiento.

Y tomando como punto de mira la preceptiva legal contenida en los artículos 461 a 465 del Código Judicial derogado, y 432 a 435 del estatuto procesal hoy vigente, el ad-quem concluye que el aludido desistimiento del proceso es legal porque se hizo por personas capaces y ante juez competente, es decir, añade, "que se ajustó en todo a las normas legales correspondientes"; encuentra, además, que "el desistimiento no estaba subordinado a la transacción que se

dice no existió; las partes en su memorial notician al juez de la transacción, mas no subordinan la aceptación del desistimiento a la validez de la pretendida transacción; se trató, pues de un desistimiento incondicional, simple, de la acción y que ha de producir las consecuencias jurídicas que le son propias, sea que se haya tenido como base una transacción o la mera renuncia de las pretensiones de la demanda por parte de la actora".

4. Conclusión de esta primera parte de su estudio es, para el Tribunal, la de que siendo válido el desistimiento que las partes hicieron del primer proceso surgido entre ellas, debe negarse la petición primera principal deducida en el presente y por ende las que a ella se acumularon consecuencialmente.

5. Emprende en seguida el ad-quem el análisis del primer grupo de pretensiones subsidiarias, cuya finalidad se contrae al reconocimiento de la sociedad de hecho entre los concubinos a partir de 1963, a su disolución y liquidación consecuencial.

Al respecto encuentra el Tribunal, en primer término, que la demanda no guarda correspondencia con la realidad que los hechos indican, porque, dice, si según aquélla la sociedad continuó funcionando después del desistimiento, o si se constituyó una nueva a partir del 14 de mayo de 1963, las cartas suscritas por la demandante en julio de 1963, febrero, marzo y abril de 1964, cuya autenticidad fue reconocida en posiciones por su autora, "ponen de manifiesto que la pretendida sociedad de hecho dejó de existir, si alguna vez existió, con posterioridad al 14 de mayo de 1963 en que operó el desistimiento o la renuncia de la acción que pretendió su reconocimiento, pues la demandante aparece trabajando o dedicada a menesteres en su exclusivo beneficio como claramente se concluye del contenido de la correspondencia de que se ha hecho mérito".

6. Mas como advierte que "según algunas pruebas" la demandante aparece nuevamente, a mediados del año de 1964, en la finca "Puerto Arturo" de propiedad del demandado, el sentenciador acomete el estudio de este aspecto de la cuestión en orden a determinar si la sociedad de facto existió o no entre los litigantes a partir de entonces.

7. En esta labor, luego de referirse a la jurisprudencia de la Corte atinente a los requisitos necesarios para dar por demostrada la sociedad de hecho entre concubinos, el Tribunal asevera que los medios de prueba aducidos el proceso demuestran "que la real situación era el concubinato; que los concubinos se separaban temporalmente y volvían a juntarse porque se atraían mutuamente"; pero que, "por mucho esfuerzo que se haga", de ellos no surge la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios. Y con este criterio explica como lógico que viviendo la concubina en la finca de su concubinario, aparezca aquélla recibiendo de éste dineros destinados al pago de trabajadores y recomendaciones relacionadas con sus actividades, "sin que ello signifique que existe una sociedad de hecho entre ellos por el hecho de ser concubinos".

Comenta después la prueba constituida por los pagarés firmados conjuntamente por los concubinos, y un recibo de compra de maíz a la Caja de Crédito Agrario, documentos acompañados a la demanda, considerando tales piezas como contentivas de hechos equívocos por no implicar "forzosamente la existencia de la sociedad que se pretende"; y agrega que, de otro lado, "están desvirtuados, si conllevaran esa forzosidad, por otras pruebas legalmente producidas, como serían los numerosos testimonios aportados al debate y conforme a los cuales la demandante hizo cultivos en compañía de Esteban Díaz y Calazans Soto, como ella misma lo reconoce al absolver las posiciones a que fue sometida, de manera que esos créditos y esa semilla bien pudieron estar destinados a esos cultivos de la demandante con sus socios, pues seguramente ella a esas sociedades aportaba capital, que no su industria, y por qué no decirlo, la maquinaria de su concubino que no tenía seguramente razón alguna para no ayudarla en ese sentido, pues era su mujer como está ampliamente demostrado a lo largo del proceso".

8. Como razones corroborativas de la conclusión a que llega en esta parte de su análisis probatorio, expresa el fallador, primeramente, que es la propia demandante quien con sus actos "se encarga de desvirtuar sus

pretensiones de sccia de hecho de su concubino"; y segundamente, que "numerosos testigos" dan cuenta que Pitalúa Salcedo "tenía sus propios negocios, de manera que la pretendida sociedad de hecho no existió, sin que ésto signifique que la demandante no colaborara en los negocios de Galvis, pero esa colaboración resulta equívoca si de los hechos plenamente demostrados en el proceso no puede concluirse el consentimiento de las partes para asociarse".

Refiriéndose a la primera de estas dos razones por él esgrimidas, el Tribunal alude al denuncio penal que la primera formuló al segundo el 22 de octubre de 1968, sindicándolo de haberse apropiado en el año de 1965 de semovientes que a pesar de encontrarse pastando en predios de éste eran de propiedad de aquélla, aserciones que, agrega, "son incompatibles con los hechos afirmados como base de sustentación de las pretensiones formuladas con ocasión de este juicio, y lo son por cuanto muestran a la actora con negocios propios".

9. Refiriéndose a la petición subsidiaria de enriquecimiento sin causa que encuentra deducida en la demanda finalmente, dice el ad-quem que la simple circunstancia de haberse planteado en subsidio de otras "está indicando que tenía o usó (la demandante) de otra acción para demandar sus pretensiones", y que la de enriquecimiento no procede sino cuando se carece de otra; aparte de que, añade, "no se ha probado el enriquecimiento torticero del demandado ni el empobrecimiento correlativo de la demandante".

IIII

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Cinco cargos formula el recurrente contra la sentencia de segundo grado, todos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por indebida aplicación, de los artículos 2469, 2483 del Código Civil, 332 y 342 del Código de Procedimiento Civil; y por falta de aplicación de los textos 2079, 2081, 2083 y 2485 del primero de estos estatutos, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de algunas pruebas.

La censura señala, como violación medio, la de los artículos 187, 258 y 264 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente.

2. En desarrollo del cargo empieza el censor transcribiendo las consideraciones que en torno a los efectos del desistimiento consignó el ad-quem en su sentencia; cita luego, extractando su contenido, los artículos 332 y 342 del C. de P. C.; y asevera que si según tales preceptos el auto que acepta el desistimiento de una demanda produce los efectos de la cosa juzgada, para reconocerlos "es necesario que el juicio o demanda en donde el desistimiento se produjo, figure en los autos, para precisar si los elementos objetivos de la cosa juzgada tienen categoría precisa y corresponden a las pretensiones procesales de la nueva demanda".

Y luego de transcribir el contexto del memorial mediante el cual se formuló el desistimiento y del auto que lo aceptó, prosigue la censura pregonando que según dichas piezas, contrariamente a lo que afirma el Tribunal, tal desistimiento fue bilateral y no unilateral; subordinado a la transacción ajustada y no incondicional o simple.

3. Pasa después el acusador a concretar los errores de derecho que imputa al Tribunal en la apreciación de las pruebas del desistimiento y de la transacción.

En el punto, tras repetir que la copia del auto que acepta un desistimiento, por sí solo y sin otros medios de prueba, no es idóneo para determinar los límites de la cosa juzgada, expresa que "es claro que erró de derecho el Tribunal, al considerar que el auto antes transcrito demostraba los elementos integradores de los límites objetivos de la cosa juzgada: dio a dicha providencia un alcance probatorio de que carece, pues del mismo no se desprende que las pretensiones de la demanda o juicio materia del desistimiento fueran idénticas a las de la nueva pretensión procesal, y erró de derecho al considerar que era un desistimiento incondicional, unilateral".

Añade la censura que si "la transacción conlleva recíprocas concesiones sobre derechos claramente determinados", también incurrió en yerro de derecho el sentenciador al considerar que el documento visible a folios 32 y 33 del cuaderno principal "demostraba los elementos de un contrato de transacción, sobre los elementos estructurales de una sociedad de hecho".

4. Rematando la formulación del cargo, dice el recurrente que "si tanto la transacción, como el desistimiento, tienden a producir los efectos de la cosa juzgada, es obvio que para acreditar estas situaciones jurídicas excepcionales, tienen que en el proceso aparecer demostrados en forma clara y precisa los elementos materiales de la pretensión procesal que fue materia de la transacción y el desistimiento, a saber: su objeto y razón, esto es el efecto jurídico perseguido y su fundamento jurídico"; y que estos requisitos no aparecen demostrados en el caso presente porque no se trajo a los autos la copia de la demanda inicial.

Se considera

1. Exhaustivamente ha dicho la jurisprudencia de la Corte, que el **error de hecho** en la apreciación de las pruebas tiene lugar cuando el fallador no vio la que obra en el proceso o supuso la que no existe en él, 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, que en tal supuesto, puntualizar cada uno de estos yerros y demostrar 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.

Y reiteradamente también ha dicho la doctrina jurisprudencial que el **error de derecho** ocurre, en cambio, cuando a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a la presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al evaluar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les asigna. En tal ocurrencia es deber del censor señalar el precepto de disciplina probatoria infringido por el sentenciador, demostrar la existencia del yerro y precisar su incidencia en el fallo.

Por lo que atañe a la existencia del error de derecho a la luz de la nueva legislación procesal, dijo la Corte en sentencia de 7 de septiembre pasado, proferida en el proceso ordinario de Lucila Riveros v. de Parra contra Carlos Alfonso Parra, aún no publicada: "Siguiendo el sistema de la tarifa legal de pruebas, que era el dominante en el Código Judicial que rigió hasta el 30 de junio de 1971 y por ende aplicable cuando se profirió el fallo aquí impugnado, en el error de derecho podían incurrir los Tribunales al ponderar en su valor legal los medios para los que dicha ley determinaba su mérito probatorio. Empero, como el Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia el 1º de julio de ese año, aunque conservó la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los medios de prueba, como exigencia indispensable para que el litigante contra el cual se oponen los conozca y pueda por tanto contradecirlos, en lo referente a su apreciación consagra como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente, pues subsiste sin embargo en casos como en el que el sentenciador aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o en el que, viéndolas en la realidad que ellas demuestren, no las evalúa en su eficacia por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; cuando exigiéndose por la ley un medio de prueba específico para demostrar determinado hecho o acto jurídico, el fallador no le atribuye a dicho medio el mérito señalado o se lo otorga a uno distinto; y cuando le da valor probativo a un medio que la ley expresamente prohibe para el caso".

2. Analizando la copia del memorial de desistimiento del proceso ordinario que con

anterioridad al presente instauró Jerónima Pitalúa en frente a Alberto Galvis y del auto que lo aceptó, documento visible a folios 36 y 37, dijo el Tribunal que ella, unida a la confesión que la demandante hizo al través del hecho undécimo de la demanda de este juicio, acredita que otrora existió con el mismo objeto de éste y entre las mismas partes un proceso que terminó el 14 de mayo de 1963, por desistimiento conjuntamente presentado por los litigantes y aceptado por el juez. Y refiriéndose al documento visible al folio 32, expresó el sentenciador que dicha pieza acredita que el 14 de mayo de 1963 las partes en ese proceso "celebraron el contrato" consignado en escrito de esa fecha, "y desistieron de la acción anterior... pero la nulidad de ese contrato no viene pedida en la demanda".

El "error de derecho" en que habría incurrido el juzgador ad-quem al apreciar estas pruebas, lo hace consistir la censura, sustancialmente, en que atribuyó a dichos documentos pleno valor para dar por demostrados, de una parte, los presupuestos esenciales de la cosa juzgada, y de la otra, los elementos exiológicos de un contrato de transacción. Los documentos referidos, dice el censor, "solo prueban una cosa: que el día 14 de mayo de 1963, se presentó un memorial de desistimiento, que por auto de ese mismo día, se aceptó el desistimiento, que ese auto no se notificó en forma legal, y que ese mismo día se archivó el proceso".

A más de que el sentenciador no dijo todo lo que el recurrente afirma, pues como claramente se infiere del resumen que de su sentencia se hizo no calificó como transacción el contrato contenido en documento de 14 de mayo, ni menos como unilateral el desistimiento, la sola enunciación 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 asevera el impugnador, el Tribunal tergiversó la prueba respectiva haciéndola decir lo que no expresa; si equivocadamente estimo que el auto de desistimiento, por sí solo, demuestra los presupuestos de la cosa juzgada; si erróneamente vio un pacto de transacción en donde no existe, los desaciertos del fallador al apreciar estos medios, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entrañarían un evidente error de hecho y no de derecho. Y ese posible yerro de facto del Tribunal no lo puede considerar la Corte dentro de los límites de error de derecho que el recurrente ha demarcado para su acusación.

3. Pero no es el anterior el único reparo que en el plano de la técnica de casación cabe hacerle al cargo en estudio.

Tratándose de errores de derecho, lo ha dicho también constantemente la doctrina de la Corte, es indispensable para el estudio de fondo del cargo que el censor señale los pertinentes textos legales de disciplina probatoria que hubiesen sido quebrantados por el Tribunal en la tarea valorativa de los medios, ya por otorgarles un mérito de que carecen, o ya por negarles el que tienen, según las correspondientes normas.

Requisito de técnica éste que no lo satisface la censura en estudio, pues ni en su planteamiento ni en su desarrollo se cita norma pertinente de derecho probatorio que hubiera violado el sentenciador al estimar las pruebas que se tildan de mal apreciadas. Palmar es que los preceptos de este linaje que el recurrente cita son impertinentes en este caso: el artículo 258 del C. de P. C. versa sobre la indivisibilidad de la prueba documental, y sus alcances a lo enunciativo cuando tenga relación directa "con lo dispositivo del acto o contrato"; el 264 ibídem determina el alcance probatorio de los documentos públicos; y el 187 ejusdem indica que, salvo en los casos de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, el juez debe apreciar las pruebas en conjunto "de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Cargo segundo

1. Denúnciase en él violación indirecta, por indebida aplicación, de los artículos 6º, 2469, 2483 del Código Civil, 332 y 342 del Código de Procedimiento Civil; y por falta de aplicación, de los preceptos 2079, 2081,

2083 y 2485 de la primera de estas dos codificaciones, como consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del memorial de desistimiento y del auto que lo admitió, de un lado, y del contrato que obra a folios 32 y 33, de otro.

2. Desenvolviendo el cargo por su primer aspecto, asevera el censor que el Tribunal incurrió en yerro fáctico al decir que "las copias de los folios 36 v. y 37 del cuaderno 1º, demuestran que los elementos de las pretensiones de la demanda ordinaria materia del presente, son **idénticos**, tienen la misma causa, que la demanda o juicio que fue materia del desistimiento, pues dedujo de unas copias elementos que ellas no contemplan".

Estima el recurrente, y así lo afirma, que si según la ley tanto el desistimiento de la demanda como la transacción del pleito producen los efectos de la cosa juzgada, para reconocer judicialmente dicha excepción en el litigio presente era indispensable que se hubiese acompañado "al 'contrato', si así puede llamarse, (alude al contenido en documento de 14 de mayo de 1963), y al memorial de desistimiento, copia de la demanda que es materia de aquéllos", puesto que en ausencia de dicha pieza "no existen medios para hacer la confrontación y determinar los límites objetivos de la cosa juzgada, los cuales no pueden suponerse".

Agrega el censor que el yerro fáctico por él apuntado tomó aún mayor altura al no haber visto el Tribunal que el desistimiento formulado revistió los caracteres de condicional y bilateral; y todavía más al no percatar que el auto admisorio de dicho desistimiento no fue notificado, y que "por consiguiente, no se halla ejecutoriado, y no **puede producir efecto alguno**".

3. Y al desarrollar el cargo por el segundo aspecto, la censura, después de sintetizar el contenido del contrato ajustado el 14 de mayo de 1963 entre Galvis Granados y Pitalúa Salcedo, vertido en documento por ellos suscrito en esa misma fecha, dice que de ese "convenio" no se desprende "que hubieran existido las recíprocas concesiones de las partes, para que pueda tener la categoría específica de transacción, con todos sus elementos propios y esenciales", que el sentenciador le atribuye.

Agrega el impugnante que como dicho convenio no reúne siquiera "los elementos de una promesa de transacción, es un acto absolutamente **inexistente**, que no puede producir los efectos jurídicos que dedujo el Tribunal del mismo, desnaturalizándolo en su fidelidad objetiva".

Se considera

1. En el caso de este proceso el **ad-quem** analizó la copia del memorial de desistimiento y del auto que lo aceptó, y dedujo que ella, corroborada con el documento de 14 de mayo de 1963 y con la confesión que el demandante hizo en el hecho undécimo de su demanda, acredita que "la señora Pitalúa Salcedo demandó por la vía ordinaria al señor Galvis Granados, ante el extinguido Juzgado Unico Civil de este Circuito, para que se reconociera que entre ella y el demandado existió una sociedad de hecho entre concubinos. Que los abogados de las partes formularon conjuntamente ante el mismo juzgado desistimiento del juicio y de la acción, afirmando haber llegado a un convenio y transigido el negocio. Que por auto de 14 de mayo de 1963 el citado juzgado aceptó el desistimiento y ordenó archivar el negocio". Y agregó que dicho desistimiento "no estaba subordinado a la transacción que se dice no existió; las partes en su memorial notician al juez de la transacción, mas no subordinan la aceptación del desistimiento a la validez de la pretendida transacción; se trató, pues, de un desistimiento incondicional, simple, de la acción y que ha de producir las consecuencias jurídicas que le son propias, sea que haya tenido como base una transacción o la mera renuncia de las pretensiones de la demanda".

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador, al determinar el alcance probatorio de dichos documentos, habría desfigurado su realidad objetiva al adicionar su contenido suponiendo aseveraciones que en ellos no aparecen: que, en primer término, dio por establecido que hay identidad entre la cuestión litigiosa

que se ventiló en 1963 y que terminó con el desistimiento de 14 de mayo de ese año, y la que es materia del presente proceso; y en segundo, que atribuyó a la convención ajustada por las partes en esa fecha el carácter de transacción.

2. La Corte, al examinar el contexto de los documentos a que se ha hecho mérito y cotejarlo con las deducciones que al respecto sacó el sentenciador, no encuentra que éste les haya hecho decir lo que ellos no expresan, ni mucho menos que sea arbitraria la conclusión a que llegó en torno a la determinación de la identidad de los dos procesos en cuestión.

Son párrafos del contrato contenido en documento de 14 de mayo de 1963, calificado "de transacción" allí mismo, los siguientes: "entre los señores Galvis y Pitalúa existieron relaciones concubinatarias de tiempo atrás"; "durante tales relaciones Galvis Granados cedió a Pitalúa lotes de terrenos, de los que Galvis tenía arrendados, para que ella cultivara algodón en su propio beneficio"; "últimamente han surgido diferencias entre los contratantes, pues Pitalúa sostiene que élla tenía una sociedad comercial con Galvis, pero éste sostiene que tal sociedad no ha existido nunca"; "para evitar un pleito que podría tener repercusiones económicamente enojosas en el patrimonio de los contratantes se ha convenido transigir el diferendo"; y "Galvis y Pitalúa han convenido transigir el pleito o demanda ordinaria que sobre la pretendida sociedad de hecho entre concubinos le tiene promovido ante el Juzgado Civil del Circuito de Montería, al señor Alberto Galvis, mediante el desistimiento del juicio y de las acciones que ella pueda tener".

El memorial que, con referencia al "ordinario de Jerónima Pitalúa vs. Alberto Galvis Granados, sobre una pretendida sociedad de hecho entre concubinos", dirigieron los apoderados de las partes el 14 de mayo de 1963 al Juez Civil del Circuito de Montería, expresa: "...venimos a manifestar a Ud. que hemos llegado a un convenio, en virtud del cual hemos transigido el negocio. En consecuencia, desistimos del juicio y de la acción. Sírvase, pues, aceptar el desistimiento y ordenar que se archive el expediente. Renunciamos notificación favorable". Y el auto de esa misma fecha, admisorio del desistimiento formulado, es del tenor siguiente: "Por ser legal admítese el anterior desistimiento suscrito por los apoderados de las partes doctores Olimpo Cárcamo y Francisco de la Ossa, con facultad para ello. En consecuencia archívese el negocio. Sin notificación a las partes por renuncia expresa. Cúmplase..."

El Tribunal, como se infiere del contenido de su sentencia, para deducir la identidad entre la cuestión litigiosa que entre las mismas partes se ventiló en 1963 y que terminó por desistimiento, y la que hoy es objeto de este proceso, se fundó también en la confesión de la demandante contenida en el hecho undécimo de su demanda, mediante el cual expresó que "es conveniente anotar que en el año de 1963, se propuso por mi mandante Jerónima Pitalúa un pleito similar al presente contra Alberto Galvis... pero dicho pleito concluyó por desistimiento", prueba esta cuya estimación por el sentenciador no viene atacada en la demanda de casación, subsistiendo por tanto como suficientes las razones dadas por el fallador para fundar en el punto la decisión impugnada. Por otra parte, el contexto de los referidos documentos conduce a demostrar que los dos procesos aludidos tienen el mismo objeto y la misma causa jurídica: se trató en el primero, como también se trata en el presente, de un proceso ordinario instaurado por Jerónima Pitalúa contra Alberto Galvis para el reconocimiento de la existencia entre ellos de una presunta sociedad de hecho entre concubinos.

Además, la conclusión a que en el punto llegó el ad-quem es cuestión que se encuentra definida en otros hechos de la demanda (12 y 13), y más ostensiblemente en la primera súplica impetrada en ese mismo libelo, en la cual se pide, precisamente para abrirle paso a la pretensión de que la sociedad de hecho se formó desde 1950, la nulidad del desistimiento presentado en el primer juicio.

3. Haciendo la calificación jurídica del ameritado desistimiento, expresó reiteradamente el Tribunal en varios pasajes de su fallo que dicho acto tiene los caracteres de bilateral, porque "las partes lo formularon conjuntamente"; e incondicional, porque

"no estaba subordinado a la transacción que se dice no existió".

Si, pues, el sentenciador jamás expresó que se trataba de un desistimiento unilateral, la censura que por este aspecto se hace aparece palmariamente infundada; como aquél siempre reconoció que tal desistimiento fue acto "conjunto de las partes", en su juicio no hay ni por asomo error fáctivo, puesto que guarda absoluta correspondencia con lo que las pruebas demuestran.

En lo que respecta a la calificación de incondicional que el **ad-quem** hizo del desistimiento, tampoco existe el error de hecho que la censura le endilga. Porque si en el memorial en que se formuló, como claramente se ve de su contenido, las partes simplemente expresaron su voluntad conforme de ponerle fin al litigio por desistimiento, procedía considerar éste como puro y simple, desde luego que la referencia que el formulario hicieron de la transacción acordada fue apenas accidental, y en todo caso sin alcance jurídicamente relevante respecto al desistimiento mismo.

4. Estima el recurrente, y sobre tal aspecto edifica una censura más a la sentencia de segundo grado, que como el auto admisorio del desistimiento no fue notificado, no puede producir efectos. De consiguiente, asevera que el sentenciador incurrió en error de hecho al no percatar la falta de notificación de la providencia en que basó fundamentalmente su decisión.

Sobre lo cual observa la Corte:

En el memorial de 14 de mayo de 1963, firmado por los dos apoderados de las partes en contienda, éstas, después de expresar su voluntad conforme de desistir del pleito y de impetrar su terminación por ese modo, dijeron que "Renunciamos notificación favorable", con lo cual paladinamente manifestaron que renunciaban a la notificación de la providencia que recayera a su pedimento, a condición de que estuviera de acuerdo con éste. Y como el supuesto querido por las partes tuvo exacta ocurrencia, el juez ordenó prescindir de la notificación.

Si la notificación de las providencias judiciales encuentra su razón de ser en la necesidad de hacerlas conocer de las partes, para que éstas puedan impugnar las que sean contrarias total o parcialmente a sus pretensiones, a nada hubiera conducido la notificación del auto admisorio del desistimiento puesto que, por estar absolutamente conforme con lo pretendido por los dos litigantes, quedaba al margen de toda impugnación eficaz. Si el referido auto satisfizo lo pedido por ambas partes, ningún interés jurídico asistía a éstas para recurrir contra él; y si además fueron ellas quienes también pidieron el archivo inmediato del expediente, es inadmisible sostener ahora que se lesionó su derecho de defensa.

5. Cabe advertir finalmente, para poner de manifiesto lo infundado del cargo que se estudia, que el Tribunal en ningún momento hizo el análisis de fondo del contrato contenido en documento de 14 de mayo de 1963, ni menos lo calificó como transacción para hacer depender de tal determinación su decisión final. Si el sentenciador se refirió a él en varios pasajes de su sentencia, fue única y exclusivamente para tomarlo como prueba corroborativa de la identidad de los dos procesos, y para llamar la atención del juzgador **a-quo** sobre el error de haber declarado nulo el acto allí contenido, sin estar pedido en la demanda.

El cargo es pues ineficaz y por ende se rechaza.

Cargo tercero

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de infringir también indirectamente, por idénticos conceptos, las mismas disposiciones legales señaladas en los dos cargos anteriores, pero determinando aquí la violación como consecuencia del evidente error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la interpretación de la súplica primera principal de la demanda.

2. A intento de fundarlo asevera el recurrente, luego de transcribir la petición primera de la demanda y la parte pertinente del memorial de desistimiento, que como en aquella la demandante "implícitamente, declara que la transacción no existió o mejor dicho que fue un acto jurídico inexistente" por falta de concesión de recíprocos derechos, debe entender "que lo que se pidió en la primera petición fue que el desistimiento carecía de efectos jurídicos, por haber estado subordinado a la transacción".

Agrega el impugnador que cuando el desistimiento de un pleito es la consecuencia

de una transacción, la inexistencia de ésta conlleva la de aquél, "por ausencia de objeto, pues los actos procesales tienen que tener un contenido material, fundamentado en el derecho material".

3. Amparado en este razonamiento, el impugnador concreta la censura así: "Erró pues de hecho, el Tribunal, al interpretar la petición de la demanda, pues creyó que sólo pedía la nulidad de un desistimiento, como acto puramente procesal, del auto que lo aceptó, cuando se pide es que se declare sin efectos, por no haber existido el contrato de transacción que allí se invoca y como consecuencia del cual se dice desistir del juicio".

Se considera

1. Refiriéndose a la petición primera de la demanda, tendiente a que se declare "que es nulo el desistimiento del juicio y de la acción propuesto dentro del juicio ordinario que promovió en el Juzgado Unico Civil del Circuito de Montería la señora Jerónima Pitalúa Salcedo contra Alberto Galvis Granados, de que trata el memorial de fecha catorce de mayo de mil novecientos sesenta y tres, aceptado por el juzgado en providencia de la misma fecha, por cuanto tal desistimiento aparece subordinado a la transacción y ésta no existió", dijo el sentenciador, censurando de paso el fallo del a-quo, que lo pedido principalmente no fue la nulidad del contrato contenido en documento de 14 de mayo de 1963 sino la del desistimiento; y que como éste 'se ajustó en todo a las normas legales correspondientes" no era posible decretar la nulidad pedida.

2. A propósito de tales pedimento y decisión no es posible, a juicio de la Corte, hablar de errónea interpretación de la demanda, pues no se encuentra en la última nada que no corresponda a lo expresado en el primero. Si se pidió clara y terminantemente la nulidad del desistimiento, y si el Tribunal la denegó con fundamento en que "se ajustó en todo a las normas legales" y teniendo como punto de partida al contenido del memorial en que tal desistimiento se formuló, se impone aceptar que la conclusión a que llegó el sentenciador al determinar el petitum de la demanda se ciñe a la realidad; que vio esta prueba tal y como ella aparece, sin atribuírle nada distinto de lo que indica; y que, por consiguiente, no existe el error de hecho que se invoca en la censura, y mucho menos con el carácter de contraevidente que es preciso para casar una sentencia

3. Además, el contenido del documento de 14 de mayo de 1963, traído a este proceso por el demandado, destruye la afirmación de la demandante consistente en que la transacción no existió. En ese instrumento quedaron vertidas las cláusulas del contrato acordado por las partes, allí llamado por ellas "de transacción"; y si tal pacto adoleciere de algún defecto susceptible de hacerlo ineficaz, la discusión sobre el punto es impertinente en casación por no haberse comprendido en la relación jurídico-procesal.

Se desestima, pues, la censura.

Cargo cuarto

1. Mediante él se denuncia violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 6º, 2469, 2483 del Código Civil, 332 y 342 del Código de Procedimiento Civil; y por inaplicación, de los preceptos 2079, 2081, 2083 y 2485 del primero de estos dos estatutos, como consecuencia de los errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la errónea apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras.

2. Entre las pruebas que al decir del casacionista "no fueron estimadas" por el Tribunal, aquél señala, individualizándolas, los testimonios de Abraham García, Maximiliano Gómez, Humberto Rodríguez, Eustasio Reyes, Gilberto Soto, Adolfo Uribe, Jude Jallillis, Rafael Antonio Suárez, Nicolás Nesrrala, Vicente Ramos, Luis Labertino, Juan Evangelista Ortiz y José Antonio Ramos; y, además, "la confesión contenida en los pagarés suscritos a favor del Banco de Colombia". Y refiriéndose a las que, según él, fueron erróneamente apreciadas, el censor indica las cartas que obran a folios 44 a 77 del cuaderno primero.

3. En desenvolvimiento del cargo comienza el censor sus consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de hecho

y su prueba; dice que este tipo de compañía sí puede darse entre concubinos, caso en el cual procede "separar el concubinato como fenómeno social y humano en sí mismo considerado, de las actividades de los concubinos desarrolladas en un pie de igualdad, de orden patrimonial y económico que dan nacimiento a la asociación".

Amparado en este razonamiento, asevera el impugnante que "los medios de prueba antes relacionados y que el Tribunal no examinó, pasó por alto, como si no hubieran sido válidamente aportados al proceso, acreditan examinados en conjunto, los elementos estructurales de una sociedad amorfa o formada por los hechos"; y que, contrariamente a lo deducido por el sentenciador, "del conjunto probatorio relacionado, no sólo se infiere el concubinato, como hecho puramente social y humano, sino la serie de operaciones coordinadas de los concubinos encaminadas a producir un patrimonio común".

Prosigue la censura afirmando que si, como lo da a entender el Tribunal, la sociedad pudo existir con anterioridad al 13 de mayo de 1963, y que si "una sociedad no termina sino una vez liquidada", entonces, concluye, debe aceptarse que con posterioridad a esa fecha continuó su existencia, ya que no hay prueba de su liquidación. "De suerte que —dice— si la sociedad tuvo existencia desde 1950, un desistimiento no termina con la vida de la sociedad, si ella no se liquidó. Y como es claro ella continúa hasta que se presente el proceso de su liquidación".

Se considera

1. En la demanda con la cual se inició este proceso, se pidió principalmente la declaración de nulidad del desistimiento formulado por las partes en juicio anterior al presente, y, como consecuencia, el reconocimiento de una sociedad de hecho entre los concubinos a partir de 1950, su disolución y liquidación.

En su sentencia decidió el Tribunal que como el desistimiento "se ajustó en todo a las normas legales", es improcedente la nulidad pedida para él y que, por esa razón, "no procede estudiar las restantes peticiones".

El cargo que aquí se estudia, como se infiere no sólo de su planteamiento sino de todo su desarrollo, lo destina el censor para impugnar únicamente lo resuelto por el sentenciador en torno a las pretensiones consecuenciales.

En tales circunstancias es ostensible que la censura resulta incompleta y por ende ineficaz, puesto que faltando absolutamente acusación para lo resuelto acerca de la petición primera, cuya prosperidad subordina a los demás, la decisión del Tribunal al respecto queda en pie y por lo mismo cerrado el camino que en la demanda se traza para llegar al estudio de las pretensiones consecuenciales.

2. Analizando el haz probatorio, tarea en la que hace énfasis primeramente en el dicho de "todos los testigos traídos al proceso", dijo el Tribunal que de él no es posible inferir, "por mucho esfuerzo que se haga", la existencia de la pretendida sociedad de hecho entre las concubinos Galvis-Pitalúa, a partir de 1963.

Evidentemente, con excepción del de Jerónimo Fajardo, el ad-quem no cita, individualizándolos, los testimonios de las personas que declararon en el proceso: se limita a mencionarlos abstractamente. Sin embargo de la falta de concreción que en el punto se advierte en la sentencia impugnada, no puede decirse que el Tribunal "pasó por alto" dicha prueba, puesto que la referencia genérica que de ella hace permite suponer razonablemente que sí la tomó en cuenta, y que fue del estudio en conjunto que de las declaraciones hizo de donde fundamentalmente sacó su decisión.

3. Alusión expresa hizo el fallador a "los pagarés aportados con la demanda", firmados por los dos litigantes, pero encontró que se trata de "hechos equívocos" para demostrar la sociedad de facto. A más de que el Tribunal enfrentó a esta prueba, haciéndolos prevalecer sobre ella, el dicho "de los numerosos testimonios aportados" y la confesión de la demandante, que acreditan que ésta "hizo cultivos en compañía de Esteban Díaz y Calasanz Soto..., de manera que esos créditos bien pudieron estar destinados a esos cultivos de la demandante con sus socios".

4. Todo el contenido del fallo indica, pues, que el sentenciador sí vio y consiguientemente consideró la prueba testimonial y la documental aducida al proceso por la demandante; que la apreció sin alterar su real contenido; y que sobre los resultados del cotejo que hizo de ella con la aportada por la contraparte edificó su decisión. No se trata, por consiguiente, de que el Tribunal hubiese dejado de ver la prueba indicada en la censura, sino de que, al valorarla, no le reconoció eficacia para demostrar el derecho alegado en la demanda, que es cosa bien distinta.

5. Por otra parte, encontrándose edificada la sentencia del ad-quem no solamente en las pruebas que la censura ataca, sino también en la confesión de la demandante que aquél encontró en el denuncio penal que ésta formuló contra su demandado en octubre de 1968, y además en los "numerosos testimonios" aducidos por éste, la acusación del fallo por error manifiesto de hecho en la estimación de aquellas pruebas no podría prosperar, porque aún en el evento de existir tal yerro subsistirían, por falta de impugnación, las razones que en torno a éstas expuso el Tribunal, y que por ser suficientes para fundar su decisión tornan ineficaz la censura.

El cargo es pues infundado.

Cargo quinto

1. Se formula por violación directa de los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación.

2. Para fundamentarlo expresa el acusador que el enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, tiene autonomía y virtualidad propias y que por tanto, "siempre que se observe que una persona se enriqueció con el trabajo de otra, se puede aplicar el principio"; refiriéndose al estado de concubinato asevera que si en él la mujer trabaja, si pone su actividad para producir riqueza "en beneficio del otro concubino, y luego éste la abandona, es obvio que hay un enriquecimiento sin causa"; observa finalmente la censura que esa es la situación fáctica que se contempla en este caso, la cual fue desconocida por el Tribunal.

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene declarado la doctrina de la Corte, con fundamento en la preceptiva legal contenida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la causal primera de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de normas de derecho sustancial, o sea de aquéllas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.

Los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, únicos que el recurrente cita en este cargo como violados por el Tribunal, no tienen categoría de normas sustanciales y por tanto no pueden fundar un cargo en casación, con apoyo en la causal primera. El primero y el segundo de estos preceptos se limitan a dar reglas de hermenéutica jurídica; el tercero regula la manera de suplir los vacíos de la ley; y el cuarto se refiere al fenómeno de la denegación de justicia.

2. Para denegar la pretensión concerniente al enriquecimiento sin causa, el Tribunal se basó en que "no se ha probado el enriquecimiento torticero del demandado ni el empobrecimiento correlativo de la demandante".

De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal no dio por establecidos, estándolos, los presupuestos fácticos del enriquecimiento sin causa. Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trata de la violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial. Por consiguiente, el cargo ha debido formularse por esta última vía, invocando errores en la apreciación de las pruebas aducidas, lo que no hizo el recurrente.

La defectuosa formulación de este cargo lo torna ineficaz; y, en consecuencia, se rechaza.

IV

Decisión

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 siete (7) de abril de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Los aportes pueden ser de tres clases. — Elementos axiológicos. — Etapas de la liquidación. — No es persona jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 3 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Miguel Angel Muñoz Otálvaro frente a Jesús María Pavas López.

I

Antecedentes

1. El 3 de septiembre de 1957, según lo expresa el documento privado que en esa fecha otorgaron en La Dorada, Bernabé Triana por una parte, y Rodolfo y Miguel Angel Muñoz, por la otra, celebraron el contrato de compraventa, cuyas cláusulas fundamentales son:

a) el primero, diciendo ser dueño de ellas por haber comprado algunas y plantado a sus expensas las demás, expresó vender a los segundos y éstos comprar a aquél, las mejoras incorporadas en los terrenos baldíos denominados "Alto Bello", ubicados en la jurisdicción municipal de Puerto Salgar;

b) expresaron los contratantes que las mejoras objeto del pacto consistían en "cultivos de pasto, sementeras de yuca, rancho pajizo, cercas, rastrojeras y resguardo de montaña"; y

c) determinaron en 200 hectáreas la extensión de los terrenos en que se encontraban plantadas las mejoras materia de la compraventa.

2. Mediante escritura pública Nº 670 de 29 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría de La Dorada e inscrita en la oficina de registro de Guaduas el 13 de noviembre siguiente, Rodolfo Muñoz Otálvaro y Jesús María Pavas López ajustaron la convención contenida en estas cláusulas:

a) el primero dijo vender al segundo y éste comprar a aquél, por la suma de $ 3.000.00, "la mitad de una finca denominada 'Alto Bello' proindiviso con la otra mitad que pertenece al señor Miguel Angel Muñoz en terrenos baldíos de la Nación, en el Municipio de Puerto Salgar";

b) expresaron entonces los contratantes que en el referido predio, cuya extensión determinaron en 200 hectáreas, existían mejoras que también fueron cedidas a título de venta, consistentes en "pastos, sementeras de yuca, rancho pajizo, cercas, rastrojos, resguardo de montañas"; y

c) por la cláusula quinta declararon: el vendedor, "que ha hecho la entrega de la mitad, proindiviso con la otra mitad de Miguel Angel Muñoz"; y el comprador, que ha "recibido así proindiviso a su satisfacción real y materialmente".

3. Por Resolución Nº 35 de 14 de julio de 1961, inscrita el 9 de octubre siguiente en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Guaduas, la Gobernación de Cundinamarca adjudicó a Jesús María Pavas el terreno baldío denominado "Alto Bello", en extensión de 134 hectáreas 5.278 metros cuadrados, situado en el paraje "La Ceiba" del Municipio de Puerto Salgar, comprendido dentro de las siguientes alindaciones: "Por el Norte, del mojón número uno (1) común al interesado y a Miguel Angel Muñoz al mojón número dos (2), en línea recta mil

seiscientos cincuenta (1.650) metros rumbo S 78º 50' W. lindando con predios de Miguel Angel Muñoz; por el **Occidente**, del mojón número dos (2) al número tres (3) por el curso de un caño, en línea recta novecientos cincuenta (950) metros, rumbo S 3º 30' W, lindando con posesiones de Pablo Tabares; por el **Sur**, del mojón número tres (3) al mojón cuatro (4) en línea recta ciento cincuenta (150) metros rumbo N 79º 30' E lindando con posesiones de Bernabé Triana; del mojón número cuatro (4) al cinco (5) en línea recta ochocientos cincuenta (850) metros rumbo S 76º 40' E, lindando con el mismo Triana; por el **Oriente**, del mojón cinco (5) al mojón 'Pot' y número uno (1) longitudes de quinientos cincuenta (550) metros y mil cincuenta (1.050) metros rumbo N 25º 30' E, siguiendo la cuchilla de San Antonio en recta, lindando con predios de Félix Rivera y Arcenil Muñoz en su orden y encierra".

4. Mediante Resolución Nº 36 de 15 de julio de 1961, inscrita también en la Oficina de Registro de Guaduas el 9 de octubre siguiente, la precitada Gobernación adjudicó a Miguel Angel Muñoz Otálvaro el fundo baldío llamado "La Unión", con cabida de 87 hectáreas 1.800 metros cuadrados, ubicado en la misma región en que lo está el anterior, determinado por los siguientes linderos especiales: "por el **Oriente**: del mojón número uno (1) al mojón número dos (2), en línea recta un mil (1.000) metros, rumbo N 44º W, lindando con posesiones de Ismael Naranjo; por el **Norte**: del mojón número dos (2) al mojón número tres (3) en línea recta ochocientos noventa y cinco (895) metros, rumbo S 59º W, lindando con posesión de Ismael Naranjo; por el **Occidente**: del mojón número tres (3) al mojón número cuatro (4) seiscientos (600) metros, rumbo S 15º 30' W, lindando con terrenos baldíos nacionales; por el **Sur**: del mojón número cuatro (4) al número uno (1) punto de partida, en línea recta mil seiscientos cincuenta (1.650) metros, rumbo N 78º 50', E, lindando con predios de Jesús M. Pavas".

5. Las citadas resoluciones fueron protocolizadas en la Notaría de Cajamarca el 22 de enero de 1962 por medio de la escritura Nº 21, inscrita el 27 siguiente en el Libro Segundo de la Oficina de Registro de esa ciudad, instrumento en el cual los comparecientes Jesús María Pavas y Miguel Angel Muñoz expresaron además:

a) que las fincas relacionadas en las precitadas resoluciones "fueron fundadas sobre baldíos nacionales a expensas comunes por los dos comparecientes, en sociedad formada de hecho, aportando el socio Muñoz Otálvaro dinero en efectivo para financiar los trabajos y el socio Pavas López su trabajo para la administración y dirección de la empresa";

b) que "las fincas **'Alto Bello'** y **'La Unión'**, colindantes entre sí, forman un solo cuerpo y pertenecen por iguales partes a los dos socios"; y

c) que "desde la época en que las fincas principiaron a producir y de ahora en adelante todos los ganados que pasen (sic) allí, sea por cuenta de Muñoz Otálvaro o de Pavas López, las utilidades que estos produzcan, serán partidas por partes iguales entre los dos socios, previa deducción de los gastos de sal y drogas".

III

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la **causa petendi** los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que las operaciones sociales se liquidaron sin dificultad hasta el 22 de enero de 1962; que a partir de esta fecha la administración de la sociedad quedó a cargo de Pavas, quien desde entonces viene explotando los fundos con cultivos y ganados sin dar participación a Muñoz; y que desde el año de 1965 aquél ha desconocido a éste sus derechos, el citado Miguel Angel Muñoz Otálvaro demandó ante el Juzgado Civil Municipal de Puerto Salgar a Jesús María Pavas López, a efecto de que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas: que entre ellos existe una sociedad de hecho desde el año de 1956; que las fincas "Alto Bello" y "La Unión" son de propiedad de dicha compañía; que los referidos predios "corresponden por iguales partes a cada uno de los socios"; que se ordene la disolución y liquidación del patrimonio social "para que cada socio saque la cuota que le corresponda"; que el demandado debe al de-

mandante las utilidades obtenidas por la sociedad desde el 22 de enero de 1962; y que aquél debe restituir a éste, seis días después de ejecutoriada la sentencia, "una cuota equivalente a la mitad del predio formado por las fincas 'Alto Bello' y 'La Unión', o sea el predio que le corresponda en la liquidación".

2. El demandado en su contestación al libelo, negó la mayoría de los hechos en éste invocados y se opuso a las pretensiones de su demandante.

Afirmó que no obstante lo dicho en la escritura número 21 de 22 de enero, no exista sociedad de hecho porque fue él el único que trabajó la finca; que como no hubo aportes no puede hablarse de utilidades comunes; y que si el demandante quiere hacerse a las mejoras plantadas en el predio "La Unión" tiene que pagárselas. Finalmente propuso las excepciones que denominó "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante", "petición de modo indebido" y "carencia de causa".

3. 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 promiscuo del circuito de Guaduas, le puso fin con sentencia de 3 de noviembre de 1970, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demanda e impuso al demandado las costas procesales.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 3 de febrero del presente año, revocó el fallo apelado y en su lugar denegó las súplicas de la demanda e impuso las costas al demandante, quien propuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, comienza el Tribunal las consideraciones de su sentencia determinando, con apoyo en la preceptiva legal contenida en los artículos 2079 del Código Civil y 98 del Código de Comercio, los elementos que son esenciales al contrato de sociedad en general.

2. Asevera en seguida el sentenciador que "al contrario de lo que ocurre en la sociedad regular o sea la constituída de acuerdo con todas las formalidades legales, en la de hecho la sociedad no forma una persona distinta de los socios individualmente considerados y es por esto por lo que los derechos y obligaciones se adquieren y se contraen en favor y en contra de todos los socios de hecho, no a nombre de la sociedad como acontece en las regularmente estructuradas"; y nota además que en la legislación colombiana esta especie de compañía se halla consagrada por los artículos 2083 del C. C., 498 y 499 del C. de Co., preceptos cuyo contenido transcribe.

Y luego de referirse a la jurisprudencia de la Corte atinente a la naturaleza de la sociedad de facto, los elementos que la estructuran y sus clases por razón del origen, afirma que "la circunstancia de que la sociedad sea de hecho no releva a quien pretende que se declare su existencia de demostrar el contrato social, lo cual naturalmente puede hacerse por cualquiera de los medios probatorios, admisibles de acuerdo con la ley"; agrega que esta libertad probatoria se salva, sin embargo, cuando lo que se aporta a la sociedad de hecho consiste en el dominio de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en éstos, pues que en tales eventos la tradición sólo se efectúa con la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos, según mandato contenido en el artículo 755 del C. C.

3. Orientado por este razonamiento, el ad-quem emprende el análisis de la escritura pública número 21 de 22 de enero de 1962, otorgada en la Notaría de Cajamarca, aportada por el demandante como prueba fundamental para demostrar la sociedad de hecho cuya declaración de existencia reclama.

Considera al respecto que "siendo el aporte de cada uno de los socios una especie inmueble", se imponía el registro de ese título escriturario en el cual "se dijo aportarse las fincas 'Alto Bello' y 'La Unión' a la explotación de la sociedad"; y que no habiéndose registrado, lo que deduce de los certi-

ficados respectivos, "no hay tradición y por ende no existe aporte... Hay que llegar a la conclusión —agrega— de que faltó uno de los elementos esenciales para la formación de esa sociedad de hecho".

IV

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera consagrada por el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula cuatro cargos contra la sentencia de segundo grado, de los cuales se despacha el último que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Cuarto cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 2081 y 2083 del Código Civil, y de los preceptos 749 y 756 ibídem, por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la errónea estimación de algunas pruebas y de la falta de apreciación de otras.

Entre las pruebas que a juicio del censor habrían sido apreciadas erradamente por el Tribunal, aquél señala la escritura pública número 21 de 22 de enero de 1962, otorgada en la Notaría de Cajamarca; y como medios no apreciados indica los siguientes: la escritura número 670 de 29 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría de La Dorada; el documento que obra al folio 3 del cuaderno 2º; la inspección judicial practicada en el proceso; el dictamen pericial rendido en ella; y las posiciones absueltas por el demandado.

2. En la tarea de examinar las pruebas, el impugnador se refiere primeramente a la escritura número 21 de 22 de enero de 1962, otorgada por los sujetos de esta controversia en la Notaría de Cajamarca, en relación con la cual asevera que el sentenciador "la desnaturaliza en su fidelidad objetiva, pues deduce hechos y consecuencias que de ella no se infieren".

Prosigue la censura expresando que mediante este documento sus otorgantes declararon "que son dueños por iguales partes de los predios", y no, "como el Tribunal lo deduce,... **aportar la propiedad de dichos bienes a la asociación Amorfa**"; que aquéllos "afirman su calidad de dueños de los precitados bienes, y el Tribunal, les atribuye la intención de transferirlos en dominio a la precitada asociación"; y que el sentenciador creyó que "ese instrumento tiene la calidad de título traslaticio del dominio, **sin tener esa categoría**".

Concretando este primer aspecto de la acusación, dice el recurrente que "el Tribunal sólo examinó dicha escritura para observar que no había sido registrada en el Libro I, para que pudiera operar una **hipotética tradición**. No se percató de su contenido material, de las declaraciones que en ella hicieron los otorgantes. Y de que no existe ese registro el instrumento se registró en el libro II de la oficina de registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cajamarca, de acuerdo con los Arts. 2637, 2641, 2652 y 2673 del C. C. dedujo que no podía existir sociedad de hecho".

3. Continuando con el desenvolvimiento del cargo, asevera el impugnante que el **ad-quem** no percató la existencia en el proceso, y que por tanto no apreció en el fallo, la escritura número 670 de 29 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría de La Dorada, en la cual se hizo constar desde entonces que la finca "Alto Bello" era propiedad indivisa de los litigantes; que no consideró ni la inspección judicial practicada en la primera instancia del juicio ni la peritación rendida en ella, pruebas que demuestran que "la finca materia de destinación a la sociedad de hecho forma una sola unidad de explotación económica"; y que, finalmente, tampoco consideró la confesión hecha por el demandado al absolver posiciones, la cual acredita que los predios 'Alto Bello" y 'La Unión" correspondieron inicialmente a una sola unidad, dividida únicamente con el fin de 'obtener una adjudicación de baldíos".

4. Rematando la formulación del cargo, expresa el censor que si el juzgador **ad-quem** hubiera apreciado correctamente el primero de los medios probatorios indicados y no hubiese omitido considerar los demás, ha-

bría llegado a la conclusión de que están acreditados todos los elementos estructurales de la sociedad de hecho, especialmente el referente al aporte de los socios, el cual, repite, no consistió en la propiedad de bienes inmuebles; y que, como consecuencia, habría reconocido y tutelado al demandante el derecho por éste alegado.

V

Consideraciones de la Corte

1. Como lo ha dicho esta Corporación, "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" (CXVI, 80).

2. En sentencia proferida el 30 de julio de 1971 en el proceso ordinario de Guillermo Ramírez contra Epitacio González, aún no publicada, dijo la Corte que "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".

Y agregó en ese mismo fallo refiriéndose a la naturaleza de los aportes, que éstos son de "tres clases a saber: a) aporte en dinero; b) aporte en especie; 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 pertenecen 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 aun en industria" .

3. Mediante la escritura pública número 21 de 22 de enero de 1962, otorgada en la Notaría de Cajamarca e inscrita el 27 siguiente en el Libro 2º de la oficina de registro de esa ciudad, Jesús María Pavas y Miguel Angel Muñoz, además de protocolizar las resoluciones de adjudicación de los inmuebles, hicieron las siguientes declaraciones: a) que las fincas relacionadas en las resoluciones números 35 y 36 de 14 y 15 de julio de 1961, proferidas por la Gobernación de Cundinamarca, "fueron fundadas sobre baldíos nacionales a expensas comunes por los dos comparecientes, en sociedad formada de hecho, aportando el socio Muñoz Otálvaro dinero en efectivo para financiar los trabajos y el socio Pavas López su trabajo"; b) que "las fincas 'Alto Bello' y 'La Unión', colindantes entre sí, forman un solo cuerpo y pertenecen por iguales partes a los dos socios comparecientes"; y c) que "desde la época en que las fincas principiaron a producir y de ahora en adelante, todos los ganados que pacen allí, sea por cuenta de Muñoz o de Pavas, las utilidades que estos produzcan, serán partidas por iguales partes, entre los dos socios, previa deducción de los gastos".

Al analizar el contexto de dicho documento escriturario dedujo el Tribunal, y sobre tal presupuesto edificó su sentencia, que no habiéndose registrado ese título en el Libro número 1º de la oficina correspondiente no operó en favor de la sociedad la tradición de las fincas "Alto Bello y "La Unión" y que, como consecuencia, "no existe aporte, por lo cual, forzosamente, hay que llegar a la conclusión de que faltó uno de los elementos esenciales para la formación de esa sociedad de hecho".

Al razonar así, el sentenciador incurrió en evidente error de hecho, porque dejando de advertir que los otorgantes reservaron para sí la propiedad de los inmuebles vio en dicho instrumento una aportación del dominio de éstos para la sociedad; y por-

que omitiendo notar que los declarantes claramente expresaron su voluntad de contribuir a la explotación de los predios a fin de repartir entre ellos las utilidades o productos de la explotación solamente, afirmó que consistía "al aporte de cada uno de los socios una especie inmueble".

4. Todo el contenido de las referidas cláusulas contractuales conduce a demostrar que fue intención inequívoca de las partes la de llevar a la empresa común proyectada por ellas, no la propiedad de los inmuebles que previamente se les habían adjudicado como baldíos, sino solamente el derecho a explotarlos en actividades agrícolas y ganaderas, el que por tener contenido económico y por ende apreciación en dinero es "capaz de prestar alguna utilidad", y consiguientemente constitutivo de aporte válido. Conclusión esta a la que se llega rectamente si se tiene en cuenta que, como lo expresaron los otorgantes en esa misma escritura, la sociedad de hecho por ellos constituída existió aún antes de que se les adjudicara la propiedad de los fundos, es decir, cuando estaban en imposibilidad jurídica de aportar el dominio sobre éstos.

5. Si, pues, al apreciar la escritura número 21 de 22 de enero de 1962, otorgada en la Notaría de Cajamarca, el Tribunal desfiguró la objetividad misma de este medio de prueba haciéndole decir lo que él no expresa, debe seguirse que incurrió en error de hecho manifiesto, yerro que lo condujo a quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 2083 del Código Civil; y que, por consiguiente, procede casar el fallo impugnado.

VII

Sentencia sustitutiva

1. Tiene averiguado la doctrina que la sociedad de hecho, ya sea la que se forma por virtud de un consentimiento expreso; o ya la que se origina en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resulta del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común, es una sociedad nula. Pero ha agregado que como la sociedad es contrato de ejecución sucesiva, la nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro, una vez declarada la irregularidad; que no puede afectar los derechos de terceros de buena fe; ni que a éstos les es posible alegarla para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones.

2. Con fundamento en estos principios doctrinarios el legislador colombiano consagró, mediante los artículos 2083 del Código Civil y 505 del Código de Comercio hoy vigente, el derecho de cada uno de los socios de una sociedad de facto para pedir su liquidación, a fin de que se paralicen las actividades, se liquiden las operaciones anteriores 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.

Para la viabilidad de su pretensión es menester que el socio demandante demuestre la existencia de la sociedad de hecho, lo cual consigue acreditando la concurrencia de sus elementos axiológicos; es decir, el animus contrahendi societatis, **el aporte, la intención de buscar con él un beneficio, y el propósito de repartir las ganancias o las pérdidas que resulten de la especulación. Para tal fin la ley le consagra, en principio, libertad probatoria, puesto que el artículo 498 del C. de Co. preceptúa que la existencia de la sociedad de hecho "podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos".**

3. En el caso que aquí se estudia, además de la escritura pública analizada al despachar el cargo que prosperó, la que por sí sola sería bastante para dar por demostrada la sociedad de hecho que para la explotación económica de los predios "Alto Bello" y "La Unión" constituyeron sus otorgantes, desde luego que como no aportaron el dominio ni otro derecho real sobre aquéllos la confesión de éstos vertida en dicho documento es eficaz al efecto, el demandante adujo oportunamente al proceso, legalmente rituadas, muchas otras pruebas que conducen a corroborar la anterior conclusión. Dichos medios son:

a) El documento privado suscrito en La Dorada el 3 de septiembre de 1957 por Bernabé Triana, Rodolfo y Miguel Angel Muñoz, reconocido expresamente, el cual por

tanto acredita que el último compró al primero la mitad de las mejoras existentes entonces en la finca "Monte Bello", cuya extensión se determinó en 200 hectáreas;

b) La escritura pública Nº 670 de 29 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría de La Dorada y debidamente inscrita en el registro de Guaduas, mediante la cual el aquí demandado compró a Rodolfo Muñoz Otálvaro la mitad de las mejoras existentes en el predio baldío denominado "Monte Bello", en extensión aproximada de 200 hectáreas, ubicado en el municipio de Puerto Salgar. Dicho documento demuestra plenamente que desde entonces Pavas López y Miguel Angel Muñoz fueron propietarios por iguales partes, en proindiviso, de las mejoras incorporadas en el referido predio "Monte Bello", el cual por tanto formaba una unidad;

c) Las resoluciones Nos. 35 y 36 de 14 y 15 de julio de 1961, proferidas por la Gobernación de Cundinamarca e inscritas en la oficina de registro de Guaduas, acreditan que por haberla explotado previamente dicha finca fue adjudicada, en partes determinadas, bajo los nombres de "Monte Bello" y "La Unión", respectivamente a Jesús María Pavas y a Miguel Angel Muñoz Otálvaro;

d) Las posiciones absueltas dentro del proceso por el primero a petición del segundo el 4 de febrero de 1960, ante el juzgado promiscuo municipal de Puerto Salgar, diligencia en la cual aquél confesó que viene explotando los dos predios, los cuales en la práctica forman un solo todo, desde enero de 1962; que en enero de 1958 acordó con su demandante "un negocio que él me aportaba dineros y él hasta la presente no me ha aportado ningún centavo referente a las mejoras de esas tierras"; y que la totalidad de la finca inicialmente llamada "Monte Bello" se partió luego en dos partes, "con el objeto de obtener una adjudicación de baldíos", una de las cuales conservó el nombre primitivo y la otra se llamó "La Unión"; y

e) La inspección judicial y el dictamen pericial practicados en la primera instancia del proceso, medios estos que acreditan que dichos dos fundos forman una sola unidad de explotación económica.

4. Los anteriores medios de prueba, analizados en conjunto al través de los principios de la sana crítica, son suficientes para que la Corte, con fundamento en ellos, encuentre acreditada en los autos la sociedad de hecho que con el objeto de explotar los predios "Monte Bello" y "La Unión", y de repartirse sus producidos y utilidades, constituyeron Miguel Angel Muñoz y Jesús María Pavas desde enero de 1962.

No demerita la anterior conclusión la abundante prueba testimonial aducida por el demandado, tendiente a demostrar que ha sido sólo él quien ha explotado las fincas, implantado en ellas mejoras sin contribución alguna en dinero de su demandante, porque, en primer lugar, dicha prueba testifical no tiene virtualidad para infirmar la confesión de los litigantes contenida en la precitada escritura Nº 21 de 22 de enero de 1962; y, en segundo, porque si el demandado no hizo el aporte en dinero a que se obligó, a más del derecho a explotar su finca, tal aspecto debe ser tenido en cuenta al liquidar la sociedad pero no impide el nacimiento de ésta.

5. Como ya está dicho, según la preceptiva legal contenida en los artículos 2083 del C. C. y 505 del C. de Co., cada socio de una sociedad de hecho puede pedir judicialmente el reconocimiento de ésta y la orden de que se liquide para retirar "lo que hubiere aportado", adicionado con la parte proporcional de las ganancias o disminuído en la porción correspondiente a las pérdidas, siendo aplicables, en orden a concretar al alcance de las pretensiones, "las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios", según lo manda el artículo 2141 del Código Civil.

Siendo esto así, se impone aceptar que en el proceso seguido con la finalidad indicada pueden presentarse dos etapas, cada una con objetivos propios: la primera, que constituye un proceso declarativo, tiene por objeto exclusivo discutir y resolver si existe la sociedad de hecho para declararla; y la segunda, que asume el carácter de ejecución de la sentencia, busca determinar precisamente cuáles son los bienes partibles y cuál el monto de lo que a cada socio corresponde.

Como en el caso presente este proceso no ha salido de su primera etapa, sólo procede acceder a las peticiones de la demanda concernientes a la declaración de existencia y disolución de la sociedad de hecho y al decreto consecuencial de liquidación, debiéndose dejar para la etapa subsiguiente, a fin de no festinar los trámites debidos, lo relativo a la concreción de lo que a cada socio corresponde.

6. Los redactores del actual Código de Comercio, apoyados en la doctrina de la Corte que siempre desconoció personalidad jurídica a la sociedad de hecho, expresamente reservaron tal categoría para la de derecho, como claramente se deduce de algunos de los preceptos que integran dicha codificación.

En efecto, su artículo 98 estatuye que "la sociedad, una vez constituída legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados"; y el artículo 499 terminantemente preceptúa que "la sociedad de hecho no es persona jurídica", agregando, como consecuencia lógica de esta normación positiva, que "los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídos a favor o a cargo de todos los socios de hecho"; y que "todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas". (Artículo 501 ejusdem).

Si, pues, a la luz de estos postulados legales es hoy indiscutible que la sociedad de hecho no es persona jurídica, lo que da tanto como decir que no es sujeto de derecho, que es un ente sustancialmente amorfo carente por tanto de capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, se impone negar la petición segunda de la demanda, tendiente a que se declare que los predios "Alto Bello" y "La Unión" "son propiedad de la sociedad de hecho existente" entre los sujetos de esta litis. En tal situación, en la que la misma ley prevé la formación de un "patrimonio social" y permite que los terceros hagan valer sus derechos especialmente sobre los bienes que lo integran, éstos no están adscritos a un titular determinado; son cosas que se destinan a la realización de un interés colectivo en procura del cual, a falta de estipulación en contrario, cada uno de los socios actúa llevando una ficta representación de los demás, y por consiguiente todos y cada uno responden solidaria e ilimitadamente.

7. Las excepciones de "ilegitimidad de la personería sustantiva", "carencia de causa" y "petición de modo indebido" propuestas por el demandado, fundadas todas en la inexistencia de la sociedad de hecho, deben rechazarse como consecuencia de lo atrás expuesto.

Además, la denominación y los fundamentos en que se apoyan tales medios defensivos son suficientes para advertir que no constituyen excepciones de fondo; porque en el supuesto de que el demandante no sea el titular del derecho que reclama o su pretensión resulte infundada, se impone como consecuencia lógica y natural la absolución del demandado, sin que ello entrañe el acogimiento de una excepción jurídicamente inexistente.

VII

Decisión

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 tres (3) de febrero de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Miguel Angel Muñoz contra Jesús María Pavas, y actuando como Tribunal de Instancia,

Resuelve

Primero. REVOCASE la sentencia de tres (3) de noviembre de mil novecientos setenta (1970), proferida en este mismo proceso por el juzgado promiscuo del circuito de Guaduas;

Segundo. DECLARANSE infundadas las excepciones propuestas por el demandado;

Tercero. DECLARASE que existe, a partir del 22 de enero de 1962, sociedad de hecho entre Miguel Angel Muñoz Otálvaro y Jesús María Pavas López, constituída por ellos pa-

ra la explotación de las fincas "Alto Bello" y "La Unión", ubicadas en el paraje "La Ceiba" del municipio de Puerto Salgar, comprendidas dentre de las alindaciones especiales consignadas en la parte motiva de esta providencia;

Cuarto. DECLARASE disuelta la referida sociedad de hecho y en consecuencia se ordena su liquidación. Para la efectividad de esta última ordenación se acudirá al procedimiento pertinente;

Quinto. NIEGANSE las demás peticiones de la demanda;

Sexto. CONDENASE al demandado Jesús María Pavas López al pago del setenta y cinco por ciento (75%) de las costas causadas en las instancias; y

Séptimo. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Revisión de la sentencia del Juez de Menores. — Diferencia entre la acción de revisión y el recurso de revisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, 26 de octubre de 1972.
(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 30 de junio de 1971 contra la cual la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora se decide, desató la segunda instancia en este proceso ordinario promovido por Alfredo Escobar G. contra la menor Edilia del Socorro Vélez y Flor María Vélez Velásquez.

I

La litis

1. Escobar González solicitó, con citación de la menor Edilia del Socorro Vélez y de la madre de ésta Flor María Vélez Velásquez, que por los trámites del proceso ordinario se revisase la sentencia proferida por el Juez Primero Civil de Menores de Medellín el 10 de abril de 1969, mediante la cual declaróse que Escobar era el padre natural de la menor Edilia del Socorro y se le condenó al pago de 75.00 pesos semanales y anticipados a título de alimentos congruos.

2. Como **causa petendi** afirmó el actor, en resumen, no ser el padre natural de Edilia del Socorro, hija de Flor María Vélez Velásquez; no haber tenido con la última relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del C. C. pudo tener lugar la concepción de la citada menor; que tales relaciones no podían inferirse del hecho de que ella hubiese visitado con frecuencia la funeraria que él tiene en Medellín, lo cual obedecía a que "tenía amores con el señor Bayardo Castaño quien trabajaba en la citada funeraria"; que la conducta moral observada por Flor María ha sido pésima "como lo demuestra el hecho claro y evidente de haber dado a luz varios niños habidos en las distintas relaciones carnales sostenidas con varios varones"; y finalmente, que la sentencia proferida por el juez de menores "el 10 de abril del presente año... es revisable por cuanto no están probadas", las relaciones sexuales que se pretenden habidas con la madre de la citada menor.

En virtud de tales hechos, solicitó, pues, el actor la declaración de "que el suscrito Alfredo Escobar González... **no es el padre natural de la infante Edilia del Socorro hija de Flor María Vélez Velásquez**" y que por tanto "no tengo que suministrar a ésta alimentos...".

4. Tanto el curador **ad-litem** que el juzgado designó a la menor demandada, como la madre de ésta, contestaron el libelo oponiéndose a sus súplicas y negando categóricamente la mala conducta de Flor María o que ésta hubiese "tenido amores con persona distinta del demandante".

5. Culminó el primer grado de jurisdicción con la sentencia del 31 de julio de 1970, proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Medellín, en la cual se accedió a todas las súplicas formuladas por la parte actora, en el sentido de "revisar el fallo del juez de menores y de la infante Edilia del Socorro, hija de Flor María Vélez Velásquez", y de declarar, por tanto, que aquél "no está en el deber de suministrarle alimentos a la menor Edilia del Socorro"; y se dispuso el envío de "copias de lo pertinen-

te a las respectivas notarías para la cancelación de la inscripción de paternidad a que se refiere la sentencia que se revisa". La parte demandada apeló del fallo en cuestión, el cual fue confirmado por el Tribunal de Medellín por sentencia del 30 de junio de 1971, mediante las consideraciones que enseguida se exponen.

III

Motivación de la sentencia impugnada

El ad-quem expresa en primer término que se trata de la acción de revisión establecida por el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, tendiente "a obtener infirmación del fallo dictado por el Juez Primero Civil de Menores de este Distrito el 10 de abril de 1969". Dice enseguida que el contradictorio fue integrado en forma normal, "pues en el juicio que finalizó con la sentencia ahora objeto de revisión intervinieron las mismas personas que ahora intervienen"; que "la acción no está prescrita (sic) para las mismas partes"; y que el pretendido padre "demanda la ineficacia de la sentencia del juez de Menores... bajo el aserto de no ser el padre natural de la alimentaria".

Emprende luego el análisis de los medios probatorios que obran en el proceso y expresa que aunque en la "copia del acta bautismal de Edilia del Socorro nacida el 22 de agosto de 1967", figura como hija legítima de Alfredo Escobar y Flor María Vélez" tal calidad "es inaceptable... debido que falta la prueba con respecto al matrimonio de quienes figuran como padres". En cuanto a las declaraciones de los testigos Javier Antonio Gaviria Londoño, Juan Rafael Taborda, Ovidio Vélez Rojas, algunos de cuyos pasos transcribe, dice que fueron las mismas, junto con el acta de nacimiento antes citada, que "sirvieron de base al juez" para proferir su sentencia, pero que de tales medios probatorios "no es dable situar el principio de la vida de Edilia del Socorro dentro de la época en que, según se afirma, Alfredo Escobar y Flor María Vélez tuvieron relaciones sexuales".

Expresa el sentenciador que no están suficiente ni legalmente acreditadas esas relaciones sexuales, puesto que los testigos se limitan a afirmar que "los veían pasear en carro" y que Flor María "visitaba la funeraria" de Alfredo; no exponen "intimidades entre los mismos"; y que el testimonio de Javier Antonio Gaviria Londoño a este respecto, no merece credibilidad alguna, "porque rindió dos declaraciones con notoria contradicción e inexplicable adición en que cuanto al hecho y a sus circunstancias".

"Si bien es cierto —continúa la sentencia impugnada— que según reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema para demostrar las relaciones sexuales no es indispensable 'que los testigos hayan presenciado la intimidad o realización del hecho de ellos', igualmente es cierto que para que la acción sea procedente se hace indispensable probar la existencia de esas relaciones sexuales cuando, como en el sub-judice, el padre presunto las niega... y no sólo hay carencia probatoria del hecho específico de dichas relaciones sino que, aún interpretando la ley con amplitud de criterio, las probanzas obrantes en el juicio no dan margen para determinar genéricamente los hechos previstos en el párrafo 2º del acotado numeral (1º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968). Esas pretensas relaciones sexuales no es dable inferirlas de ningún trato personal y social dado por el presunto padre Alfredo Escobar a Flor María Vélez durante el embarazo y parto, y apreciarlas dentro de las circunstancias en que pudieran ocurrir. Como tampoco hay elementos o factores de naturaleza, intimidad y continuidad para tener en cuenta, lógico es concluir que la acción de filiación natural es improcedente por no estar comprobados los elementos constitutivos esenciales de la causal invocada".

Por último, dice el Tribunal que "la prueba indiciaria consagrada en el artículo 7º de la Ley 75 de 1968 en nada favorece la filiación aquí controvertida" porque, según el concepto de los peritos médicos que examinaron a la menor, no se encontraron "caracteres que sean una clave para diagnosticar herencia directa cierta", y que además, al tenor del informe dado por la Recaudación de Hacienda Nacional del domicilio del padre, éste "no declara como persona a su cargo en las declaraciones de renta y patrimonio presentadas por los años gravables

de 1967, 1968 y 1969 a la menor Edilia del Socorro Escobar Vélez, ni a Flor M. Vélez Velásquez...".

III

El recurso

Tres cargos formula la parte demandada contra la sentencia de que se ha hecho mérito, el primero de ellos por la causal quinta de casación y los dos restantes dentro del campo de la causal primera, que se estudian en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Dice el recurrente que "es indebida la representación de la menor demandada, al tenor de lo dispuesto en la regla 7ª del artículo 152 (del Código de Procedimiento Civil)... porque el señor curador **ad-litem** no adquirió obligación alguna al posesionarse ante una persona que no podía autorizar el ejercicio del cargo".

En respaldo de su aserto expresa la censura que originalmente conoció del proceso el Juzgado Segundo Civil Municipal de Itagüí, el cual, según providencia del 22 de mayo de 1969, "en vista de que el señor secretario **Vicente Tobón Acosta**, es hermano del apoderado del ejecutante (sic) se declara impedido" y en tal virtud dispuso que seguiría actuando como secretario el señor Javier Alvarez; que no obstante ello, la diligencia de posesión del curador **ad-litem** de la menor Edilia del Socorro, llevada a cabo el 12 de agosto del mismo año fue suscrita por el secretario inpedido; y que por consiguiente, esa circunstancia configura una causal de nulidad "porque el señor Juez de la instancia pretermitió el lleno de las 'formalidades propias de cada juicio', conforme lo dice el artículo 26 de la Constitución Nacional... porque se violó el artículo 463 del Código Civil". "Dice esta disposición —agrega— que 'toda tutela debe ser discernida', y el discernimiento debe ser autorizado por el Juez Civil. Si la posesión y el auto a que aludo, en repetidas veces, no se cumplieron con el lleno de las formalidades legales, la facultad concedida al curador está viciada de nulidad. Esa nulidad conlleva desde luego todos los actos procesales cumplidos después, incluidas las dos sentencias... En conclusión, el juicio está viciado de nulidad sustancial, porque se violaron los artículos 152 regla 7ª del C. J. 463 del Código Civil y 26 de la Constitución Nacional, violaciones que están comprendidas dentro de la regla quinta del Código de Procedimiento en referencia".

Se considera

La causal de nulidad procesal de que trata el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, ésto es, la indebida representación de las partes, que en el Código Judicial anterior se denominaba "ilegitimidad de la personería" y a la cual se referían el numeral 2º del artículo 448 y el artículo 450 ibídem, dice relación al presupuesto procesal denominado **legitimatio ad processum.** Como una y otra son idénticas, no es obstáculo para el despacho del cargo en estudio que el hecho a juicio del recurrente la configura en este caso, hubiese ocurrido con bastante anterioridad a la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil.

En el caso **sub-judice,** el recurrente pretende encontrar una causal de nulidad en la circunstancia de que el secretario del juzgado que conoció inicialmente del asunto estaba impedido para actuar en él, por razón de parentesco con el apoderado de la parte actora, y que no obstante ello, firmó la diligencia de posesión del curador **ad-litem** de la menor demandada y el auto de discernimiento del cargo. A lo cual cabe observar a) La ley no establece que la actuación de un secretario impedido constituya nulidad procesal; b) Inmediatamente después de la diligencia en cuestión, y en esa misma fecha, el Juzgado 2º Civil Municipal de Itagüí profirió auto de discernimiento del cargo, providencia ésta que fue notificada legalmente y adquirió el sello de ejecutoria, sin haber merecido reparo de ninguna de las partes, no obstante que a la madre natural de dicha menor ya se le había corrido traslado de la demanda, con notificación personal del auto admisorio, correspondiente; c) La parte demandada guardó silencio durante el transcurso de la primera instancia respecto del hecho de que se tra-

ta, puesto que habiendo podido recurrir contra el auto de discernimiento, no lo hizo, y habiendo podido ejercer en ambas instancias la facultad que le confería el artículo 456 del C. J., vale decir, solicitar que se declarase la nulidad que ahora invoca, tampoco lo hizo. Ello significa que plantear ese problema en el recurso extraordinario, constituye un medio nuevo que es, por tanto, inadmisible; d) Que el secretario hubiese firmado el acta de posesión del curador ad-litem y el auto del discernimiento correspondiente, en manera alguna trajo consigo que a la menor demandada se le hubiere violado su derecho de defensa en el proceso; ello constituye apenas una irregularidad procedimental y como lo ha dicho la Corte, "es sabido que las simples irregularidades de orden procesal que no configuren una causal de nulidad, no son aptas para fundar una acusación con base en el motivo 4º de casación, pues las causas que para todos los juicios establece el artículo 448 del C. J. y para ejecutivos el artículo 451 ibídem, no son 'susceptibles de extensión al interpretarlas ni del criterio de analogía en su aplicación'. (XLI bis, Pág. 32. LXXIX, Pág. 103. CXVII, Pág. 191)." (Cas. Civil 10 de diciembre de 1970, CXXXVI, Pág. 143).

La irregularidad mencionada no constituye pues, motivo de nulidad del proceso y por tanto se rechaza la acusación.

Segundo cargo

Se formula dentro del campo de la causal primera por "falta de aplicación del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, reformatorio del 4º de la Ley 45 de 1946", en vista de que, según el recurrente, "en el juicio que motiva este recurso no hubo prueba proveniente del actor, que modificara en uno u otro sentido la que el señor juez de menores encontró como suficiente para declarar la paternidad... Esa falta de aplicación del citado artículo se consolida y adquiere caracteres de inobjetable, si se tiene en cuenta que las sentencias de los jueces de menores no están sujetas á grados de consulta y tienen el carácter legal del fallo definitivo, dentro de esa jurisdicción a ellos encomendada por mandato expreso de la ley".

"Aunque los jueces de menores pertenecen al órgano o rama jurisdiccional del poder público —continúa la censura—, son soberanos en el ejercicio de sus funciones por el carácter amplio y paternalista que el legislador les imprimió. De suerte que cuando se trata de revisar la sentencia dictada por alguno de tales funcionarios, la parte demandante está en el deber legal de aportar unos medios de prueba tan convincentes que destruyan radicalmente la eficacia reconocida en la sentencia motivo de la revisión.

"Declarada la paternidad natural en cabeza del señor Escobar para poderla invalidar ante la justicia civil, era necesario haber producido una prueba eficaz que llevara el ánimo de los jueces civiles la convicción inequívoca y concluyente de no ser ciertos los hechos aceptados por el juzgador de menores.

"...De lo anterior se colige que la demanda en esta clase de juicios no busca la revisión de la sentencia, sino la revisión del juicio. Y digo la revisión del juicio, porque el juez de menores, dentro del ámbito de su jerarquía jurisdiccional, aprecia las pruebas, las pesa en el ejercicio de la soberanía de su deber, las analiza, y esas apreciaciones y análisis le sirven de sostén para llegar a las conclusiones del fallo.

"...Se debe tener en cuenta que la revisión de los juicios de paternidad natural no es una segunda instancia, como juez civil, haciendo las veces de superior, diga que se aviene o rechaza las conclusiones a que llegó el juez de menores. Es, distintamente, un nuevo debate al cual se presenta el sujeto pasivo de la acción protegido por una sentencia favorable a sus pretensiones. A esa conclusión se podría llegar si los jueces de menores estuvieran supeditados a la decisión de los jueces civiles. Pero no. El Juez Civil ordena los trámites del juicio de revisión, y la parte que se consideró lesionada en su patrimonio moral o económico debe aportar pruebas idóneas que le quiten a la sentencia revisada la validez jurídica que trae consigo.

"En el juicio que motiva este recurso no hubo prueba alguna, proveniente del actor, que modificara en uno u otro sentido la que

el señor Juez de menores encontró como suficiente para declarar la paternidad".

"Si las Leyes 83 de 1946 y 75 de 1968 —agrega— le confieren a los jueces de menores, entre otras facultades, la de investigar la paternidad natural y declararla, o negarla, se configura evidentemente en ellos una autonomía peculiar y propia. Y dentro de esa autonomía tales funcionarios valoran las pruebas, las rechazan o las aceptan. Esos fallos, favorables o adversos a quien acudió a dichos jueces, no son los que autorizaban la revisión, sino el proceso en sí, desprovisto de toda consideración y estudio con relación a la sentencia. De admitir que los jueces civiles, con la sola presentación de la demanda, están autorizados para invalidar las sentencias de los jueces de menores, se aceptaría que tales fallos tienen un segundo grado de instancia, cuando carecen de él, y se desconocerían el mérito y los efectos de una jurisdicción independiente". Y concluye así: "Declarada la paternidad natural en cabeza del señor Escobar, para poderla invalidar ante la justicia civil, era necesario haber producido una prueba eficaz que llevara al ánimo de los jueces civiles la convicción inequívoca y concluyente de no ser ciertos los hechos aceptados por el juzgador de menores... Sentado este principio, porque no hay manera de refutarlo, Escobar debió haber probado; dentro del proceso de la revisión, que la señora Vélez tuvo también relaciones sexuales y por los mismos días con otras personas".

Tercer cargo

Arguye el impugnante que la sentencia viola los artículos 183 y 187 del C. de P. C. porque "siendo los fallos de los jueces de menores actos jurídicos que producen efectos inmediatos con el solo hecho de su notificación, el juez civil los debe tener por valederos mientras no existan medios de prueba que destruyan su eficacia. Resultado de ello es que los falladores de primera y segunda instancia dejaron de aplicar, principalmente, el segundo de tales artículos... porque para el juzgamiento sólo tenían a su disposición la sentencia declarativa de la filiación. A falta de prueba distinta 'o contra prueba' ese fallo era lo único de que disponía el juzgado para ponerle fin a la litis pendencia... encaja, de consiguiente, la aplicación de la causal primera del artículo 368 del C. Procesal, porque hubo 'falta de apreciación de determinada prueba', en este caso la única aportada al juicio con el lleno de las formalidades legales".

A vuelta de repetir parecidos argumentos a los expuestos en la sustentación del cargo anterior, agrega el recurrente que "un breve y lógico raciocinio" acerca de los artículos 379 y 380 del C. de P. C. referentes al recurso de revisión, "conduce a demostrar que el nuevo estatuto quiso someter o sometió las sentencias ejecutoriadas de la jurisdicción de menores a la existencia de alguna o algunas de las nuevas causales allí definidas en forma esencialmente taxativa". Estima que habiéndose estatuido dicho recurso de revisión contra las sentencias de la Corte Suprema, los Tribunales Superiores, los jueces de circuito, municipales y de menores, las proferidas por éstos últimos en los procesos de filiación natural de que conocen sólo están sujetas al mismo, el cual tiene cabida únicamente cuando se presenta alguna de las causales que consagra el artículo 380 ibídem.

De este planteamiento concluye el censor que "hubo violación en el juicio de los artículos dichos, ésto es, los 379 y 380. ¿Por qué? Porque durante la secuela procesal no se estableció ninguna de las nuevas causales consignadas como motivos viables de revisión. La violación genera (sic), por tanto, error de hecho consistente en la falta de aplicación de los dos artículos mencionados. Hablo de los dos artículos porque el primero (379) define las sentencias ejecutoriadas sujetas a revisión, y el siguiente (380) dice cómo, cuándo y por qué".

Por último expresa: "Se argumentará que los fallos provenientes de la jurisdicción de menores están sujetos a los artículos 94 y 18 de las Leyes 83 y 75 atrás enunciadas, respectivamente. A ello se responde que el orden jurídico vive y se sostiene de la ley. El enlace o la concatenación de esas dos disposiciones vigentes indica que los fallos ejecutoriados de la jurisdicción especial de menores quedaron forzosamente incluidos allí. Y al quedar en esas circunstancias, pa-

ra separarlos sería preciso una expresa derogatoria de la ley".

Consideraciones de la Corte

1) La Ley 83 de 1946 otorgó competencia a los jueces de menores para conocer de los juicios de investigación de la paternidad natural, autorizó a la madre para iniciarlo "desde el quinto mes de gravidez hasta cuando el hijo cumpla veintiún años" e impuso al Promotor Curador de Menores el deber de promoverlo, cuando tuviera conocimiento de la existencia de un niño de padre desconocido (Artículos 86 y 87).

2) El procedimiento señalado por la misma ley era en síntesis, el siguiente: Que la demanda la presentara por escrito persona legitimada para hacerlo, con indicación del nombre del presunto padre o que adujera "algún principio de prueba por escrito en que se funde el derecho invocado"; (artículo 89); una vez admitida, debía notificarse personalmente al presunto padre, quien disponía de ocho días para contestarla ora reconociendo el hijo, en cuyo caso "el juez fijará el monto de la pensión alimenticia a que el hijo tiene derecho", ya negando la calidad de padre, evento éste en que "se abrirá a prueba el negocio por el término de veinte días, vencido el cual, las partes serán citadas para una audiencia" y surtida ésta debía proferirse el fallo correspondiente (artículos 90 a 94) que no era apelable.

3) En todo caso a las partes les quedaba a salvo el derecho de "establecer el juicio correspondiente ante los jueces civiles, a cuyo resultado deberá estarse", derecho que "prescribe en dos años, contados desde el pronunciamiento de la sentencia por el juez de menores" (artículos 94 a 96). La Corte expuso, sin embargo que no se trataba de una prescripción sino de caducidad y que por tanto, transcurridos esos dos años, ipso iure se extinguía la facultad de promover el juicio de filiación ante los jueces civiles. (CXXXII, Pág. 138). El fallo del juez de menores no era susceptible del recurso extraordinario de revisión, porque el artículo 520 del C. J. entonces vigente, lo reservaba para las sentencias proferidas por la Corte y por los Tribunales Superiores. De esta suerte, la inconformidad de las partes con el fallo proferido por el juez de menores sólo podía manifestarse promoviendo un nuevo juicio ante el Juez Civil durante el indicado término de dos años que era común para ambas.

4) La Ley 75 de 1968 modificó luego los artículos 87 y 89 a 93 de la Ley 83, así: a) Conservó la competencia de los jueces de menores para conocer de procesos de investigación de la paternidad natural, pero únicamente en vida del presunto padre o del hijo, pues muerto cualquiera de éstos la acción sólo podía "intentarse ante el juez civil competente y por la vía ordinaria" (artículo 11); b) Mantuvo en líneas generales el mismo procedimiento sumario con algunas modificaciones que le introdujo y el carácter inapelable de la sentencia (artículos 14 a 16); c) Estableció en todo caso la citación del defensor de menores, cuando éste no lo había promovido (artículo 13); d) Facultó a la futura madre durante el embarazo, al defensor de menores, al ministerio público y a quienes ejerzan "sobre el menor patria potestad o guarda", o hayan tenido o tengan a su cuidado la crianza o educación del hijo, para promover la demanda de filiación ante el juez de menores y para intervenir en el proceso (artículos 12 y 13); e) Dispuso que "la determinación del estado civil que se haga en la sentencia dictada por el juez de menores surte todos sus efectos legales mientras no sea infirmada en el juicio de revisión" (Art. 17); f) Estatuyó que tal sentencia "en cuanto se refiera al estado civil, es revisable por la vía ordinaria ante el juez civil competente" y que "la acción de revisión no podrá intentarse por el demandado sino dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo, y por parte del demandante, dentro de los cinco años contados a partir de la misma fecha" (artículo 18); y g) Autorizó a los herederos de las partes y al cónyuge para proponer el juicio de revisión "dentro de los mismos términos que el difunto" (artículo 18).

5) Debe advertirse que la sentencia proferida por el juez de menores en los procesos de investigación de la paternidad natural proferida bajo el imperio de la Ley 75, tampoco era susceptible del recurso extraordinario de revisión, porque aún regía el ar-

tículo 542 del C. J. que, como atrás quedó dicho, sólo le daba cabida respecto de fallos proferidos por la Corte y por un Tribunal Superior. De esta suerte, la acción de revisión establecida por los artículos 17 y 18 de la Ley 75, es bien distinta del recurso de revisión que consagra el citado artículo 542. Y sigue siéndolo bajo la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, no obstante que éste en su artículo 379 estableció la procedencia del recurso extraordinario de revisión "contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores, los jueces de cuircuito, municipales y de menores" (se subraya).

La diferencia entre la acción de revisión y el recurso de revisión ha sido precisada por la Corte así: "La revisión por la vía del juicio ordinario no equivale ni se asimila al recurso extraordinario de revisión... (se subraya), sino que constituye un medio o posibilidad de ventilar en juicio ordinario el mismo asunto que ha sido tramitado y resuelto por una vía especial, cuando así lo autoriza la ley... El recurso extraordinario de revisión se refiere a aquellas sentencias que producen cosa juzgada material y que por lo mismo no son susceptibles de revisión por la vía ordinaria. La Corte ya ha tenido la oportunidad de recordar y poner de relieve la diferencia que existe entre la revisión por la vía ordinaria y el recurso extraordinario de revisión, como puede verse, por ejemplo, en las sentencias del 11 de julio de 1945 (LIX, 2022. 338 y 339) y de 14 de octubre de 1946 (LXI-335). La revisión por vía ordinaria tiene el carácter de acción, en tanto que la extraordinaria constituye un recurso (C.J. 484); de modo que ellas no se confunden, ni se las puede invocar indistintamente, porque son de naturaleza y finalidad diferentes". (Cas. Civil 11 de septiembre de 1969. CXXXI, Pág. 194).

6) Para fijar el verdadero alcance de la acción de revisión que consagra la Ley 75 para las sentencias de los jueces de menores en los procesos de filiación natural, conviene estudiar los antecedentes de dicha ley según lo dispone el artículo 27 del C.C.

En el proyecto de ley número 187 de 1967, presentado al Senado de la República el 25 de octubre del mismo año por los Ministros de Justicia, Trabajo, Salud Pública y Educación Nacional y que vino a convertirse en la Ley 75 de 1968, "por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Anales, año XI Nº 65, Pág. 809, el artículo 18 estaba redactado en los siguientes términos:

"Artículo 18. La sentencia dictada por el juez de menores, en cuanto se refiere al estado civil, es revisable por la vía ordinaria ante los jueces civiles. "La acción de revisión no podrá intentarse sino dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo. Los herederos de las partes podrán proponer el juicio en los mismos términos del difunto.

"Si la sentencia hubiere declarado la paternidad, o la maternidad no procederá la revisión sino por los motivos indicados en los artículos 248 y 335 del Código Civil, y 542 del Código Judicial".

En la exposición de motivos correspondientes, dijeron los Ministros respecto de los artículos 11 a 19 del proyecto: "Estas disposiciones modifican y en buena parte sustituyen los artículos 87 a 93 de la Ley 83 de 1946, que regulan el trámite y los efectos de investigación de la paternidad ante el juez de menores... La interpretación y aplicación de la Ley 83 de 1946 dio lugar a serias dificultades sobre los efectos del fallo del juez de menores en materia de paternidad. La reforma procura solucionarlas dejando a salvo los derechos de las partes y de terceros, sin perjuicio de la seguridad y seriedad debidas al estado civil. El fallo del juez de menores es plenamente eficaz, pero es revisable por la vía civil ordinaria, a petición de parte dentro de los dos años subsiguientes a su publicación, y la advertencia de que los herederos de la parte difunta gozan de los mismos términos de ella, en forma similar a la que el Código emplea en ocasión análoga (artículos 216 y siguientes del Código Civil) y corrección del vocablo 'prescripción' que impropiamente emplea el artículo 96 de la Ley 83, propicio a equívocos.

"Si la sentencia declaró la paternidad o maternidad en juego, el demandado vencido sólo podrá alegar la ocurrencia de alguna de las causales que el Código Judicial con-

templa para el recurso de revisión el artículo 542, o cualquiera de las que según el artículo 5º del proyecto proceden para impugnar el reconocimiento (artículos 248 y 335 del Código Civil de modo que propiamente se trata de una acción de impugnación del fallo (se subraya). En cambio, si fue absolutoria, el menor, por sí o por las personas que sobre él ejercen potestad o guarda, o los tienen a su cuidado, le cabe la revisión del juicio por la misma vía ordinaria y con pie en las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, reformado aquí por el 6º del proyecto, de modo similar a los restantes casos de revisión que el Código Judicial previene de sentencias pronunciadas en juicios especiales.

"La decisión de estado que dicta el juez de menores, por cuanto es impugnable o revisable, no se traslada a la partida de estado civil sino una vez expirado el término que se señala para incoar el dicho juicio, sin que éste se hubiere intentado, o luego de conocido el fallo en firme en que él concluyó, si la parte vencida apeló a ese remedio". (Ibídem Pág. 813).

7) En la ponencia para segundo debate, redactada por el senador Jesús María Arias, se lee lo siguiente:

"Artículo 18: Consagra la acción de revisión de la sentencia del Juez de Menores que decide sobre el estado civil, acción que es de carácter ordinario y ante el juez civil competente.

"El demandado sólo puede intentar la acción de revisión, dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo declaratorio de la filiación y el demandante, dentro de los cinco años siguientes al fallo negativo. Los herederos de las partes y el cónyuge en su caso, podrán también promover la acción dentro de los mismos términos que el difunto.

"Se discutió bastante sobre las causales de revisión contempladas en el proyecto, pero se resolvió dejar las mismas que actualmente y para el mismo fin, contempla el Código Judicial... Se dan cinco años al demandante para intentar la acción de revisión, porque es el lapso requerido hoy para la posesión notoria de estado civil". (Ibídem. Pág. 824).

8) En el proyecto original, como se dijo anteriormente, se reglamentaba la revisión de la sentencia proferida por el juez de menores en la siguiente forma: si quien la impetraba era el hijo natural, éste tenía amplia libertad para invocar las mismas y otras causales de filiación natural que tuviera a su favor y para allegar al proceso nuevas pruebas. En cambio, si quienes demandaban la revisión eran la madre o el presunto padre, sólo podían invocar como causa petendi en el proceso ante el juez civil alguno o algunos de los siguientes hechos: a) Que el hijo no pudo tener por padre o madre al declarado tal por el juez de menores (artículo 248 C.C.); b) Que en el caso de presunta maternidad natural, el parto fue falso o hubo suplantación del pretendido hijo al verdadero (artículo 335 ibídem); c) Que después de pronunciada la sentencia se hubiesen recobrado piezas decisivas retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; d) Que la sentencia se hubiese basado en documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes o cuya falsedad hubiese sido reconocida o declarada después; e) Que habiéndose fundamentado la sentencia en prueba testimonial, los testigos hubiesen sido condenados por falso testimonio con ocasión de las respectivas declaraciones; y f) Que la providencia se hubiese dictado injustamente, por cohecho, violencia o fraude (artículo 542 C.J.).

En el memorando pasado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia al Presidente de la Comisión Primera del Senado, en donde se discutía por entonces el proyecto en referencia, fechado el 28 de noviembre de 1967, sobre el punto expresó las siguientes objeciones:

"De acuerdo con el artículo 18, la sentencia dictada por el juez de menores en cuanto se refiere al estado civil es revisable por la vía ordinaria ante los jueces civiles dentro del término de dos años siguientes a la publicación del fallo.

"Se observa que, según esta regulación, el juicio de filiación de un menor ante el juez de menores no tiene más que una instancia, porque la revisión que se consagra en el artículo 18 viene a ser un recurso extraordinario, de acuerdo con el artículo 18 del proyecto, o sea similar al previsto en

el Código Judicial, en relación con fallos proferidos por la Corte o por un Tribunal Superior en juicios que naturalmente han tenido las dos instancias que determina la ley de procedimiento civil.

"Al lado de este recurso extraordinario de revisión consagrado por el artículo 542 del Código Judicial, a que alude el artículo 18 del proyecto el procedimiento civil, en orden a garantizar mejor los derechos que las partes han controvertido, reconoce la acción ordinaria de revisión de las sentencias proferidas en un juicio especial, cuando así lo determina la ley. Esta acción ordinaria de revisión, se diferencia del recurso extraordinario previsto en el artículo 542 citado, en que la cuestión controvertida que ha sido fallada en el juicio especial **puede replantearse y probarse sin limitación a condiciones preestablecidas como las propuestas para el recurso extraordinario** (se subraya).

"Nos parece así entonces, que el artículo 18 del proyecto exagera hasta límites que lo pueden hacer nugatorio o por lo menos supremamente difícil, el derecho de defensa de quien ha sido condenado por el juez de menores a responder como padre natural de un menor de las obligaciones correspondientes. Pues esa persona en el recurso de revisión que proponga será sometida a las tres causales del artículo 542: primera, que el fallo del juez de menores recaiga en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos, o cuya falsedad fue declarada después; segunda, que habiéndose basado en prueba testimonial, los testigos han sido condenados por falso testimonio en las declaraciones que sirvieron de fundamento al fallo; y tercera, que la sentencia se dicte por cohecho, violencia o fraude.

"Como se ve, estos tres casos son singularmente excepcionales. Se explica que la ley los consagre para el recurso de revisión del artículo 542. Porque el fallo definitivo sobreviene después del amplio debate probatorio, seguido en dos instancias. Empero, es injustificado el mismo rigor en relación con un fallo condenatorio del juez de menores dictado en una sola instancia. Como en todos los juicios civiles y penales, en el que se proponga ante el juez de menores, serán de fácil ocurrencia los testimonios falsos. Generalmente el juicio de filiación rueda sobre la prueba testimonial. Considerando que entre nosotros son contadas las sentencias penales condenatorias por falso testimonio, será casi imposible poder fundar el recurso de revisión que consagra el proyecto en la condena por falso testimonio de los declarantes en el juicio especial de filiación. Lo mismo puede decirse de las causales **primera, segunda y cuarta** (se subraya el texto), razonables en el recurso extraordinario de revisión en que el demandado ha contado con toda la amplitud para defenderse, por lo cual esas tres causales como la del numeral **tercero** (vuelve a subrayar) tienen carácter exclusivo.

"Los motivos de revisión indicados en los artículos 248 y 335 del C. Civil, o sea, que el hijo no ha podido tener por padre al demandado (artículo 248); y que el parto es falso o el pretendido hijo ha sido suplantado (artículo 335), son causales muy propias cuando se trata de la madre a quien se le reclama su calidad de madre natural, de un menor, pero improcedentes cuando se demanda la paternidad natural. Por lo tanto en la práctica a quien el juez de menores le atribuye injustamente en sentencia condenatoria, la calidad de padre natural de un menor, le será imposible acudir al juicio de revisión".

Hay testimonios en la etapa de discusión del proyecto, de que las objeciones anteriores tuvieron amplio eco en los senadores integrantes de la Comisión (Cfr. "Observaciones del senador Hernán Toro Agudelo al proyecto de ley sobre paternidad responsable"). De manera que bien puede afirmarse que las variaciones hechas al artículo en comento fueron su consecuencia. Porque al estudiarlas se deduce su conformidad con ellas. En efecto, como atrás se expuso, la variación legislativa al artículo 18 del proyecto se redujo en esencia a los siguientes puntos:

a) **Caducidad.** Era de dos años en el proyecto, tanto para demandante como para demandado, en definitiva término que sólo se conservó para el segundo, habiéndose elevado a cinco para el primero. La razón de este cambio, como atrás se vio, la explicó el senador ponente así: "se dan cinco años

al demandante para intentar la acción de revisión, porque es el lapso requerido hoy para la posesión notoria de estado civil". (Anales, Pág. 824). De lo que se deduce, que el demandante puede alegar causal distinta a la invocada en el proceso revisado; y si lo puede, también tiene la facultad de producir pruebas diferentes a las aducidas en ese proceso; y si de esa manera puede obrar tal parte, no puede desconocerse igual facultad para la otra, por cuanto la norma lo coloca en el mismo plano, menos en cuanto al lapso de la caducidad.

b) Motivos para el demandado, se limitaban en el proyecto, conforme quedó visto, a los establecidos en los artículos 248 y 335 del C. C. y 542 del C. J. vigente entonces. Se suprimieron, sin establecer otros diferentes. En consecuencia, como se notó en la letra anterior, se igualaron las posiciones de demandante y demandado al respecto, con las obvias consecuencias de ello.

c) Legitimación. El proyecto le daba a los "herederos de las partes" la facultad de instaurar el proceso ordinario; la ley incluyó también al cónyuge, seguramente por cuanto debe ser demandado también, en los casos de muerte del presunto padre natural (Art. 10, Inc. 2º, Ley 75 de 1968).

De manera que si se suprimieron los "motivos" para el proceso de revisión en los casos en que lo instaurase el demandado, porque como lo dijo la Academia, razonadamente, "en la práctica a quien el juez de menores le atribuya injustamente en sentencia condenatoria la calidad de padre natural de un menor, le será imposible recurrir al juicio de revisión"; y si se suprimieron los "motivos" especiales para el demandado, débese concluir que se le colocó en el mismo plano, en cuanto al proceso de revisión, que el demandante, gozando entonces de la misma amplitud procesal que la "exposición de motivos" al proyecto puso de presente y que, en el punto, se dejó transcrita con anterioridad.

9) Como atrás se expuso (Nº 3), cuando se promulgó la Ley 75 estaba en vigencia el Art. 542 del C. J., que no consagraba recurso de revisión para las sentencias de los jueces de menores. En consecuencia, los artículos 17 y 18 de la Ley 75 al disponer que el fallo del juez de menores "surte todos sus efectos mientras no sea infirmado en el juicio de revisión" y que "en cuanto se refiere al estado civil es revisable por la vía ordinaria ante el juez civil competente" (se ha subrayado), no puede entenderse en el sentido de que hubiera consagrado contra dicho fallo el recurso extraordinario de revisión, en cuyo caso habríase requerido expresarlo así en el texto, sino simplemente la acción de revisión que entonces autorizaba para ciertos casos el Código Judicial y a que se refería el 2º inciso del Art. 473 como a una excepción al principio de la cosa juzgada, así: "Entiéndese ésto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley" (se subraya). Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ventilar significa "5. Controvertir, dilucidar o examinar una cuestión o duda, buscando la verdad".

10) Al establecer la diferencia entre la acción y el recurso de revisión la Corte expuso también: "En cambio, como las sentencias de excepciones y las de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, el asunto que en ellas fue materia de decisión judicial puede discutirse de nuevo, amplia y directamente, mediante los trámites del juicio ordinario, para buscar una resolución distinta, aduciendo toda clase de pruebas conducentes al fin perseguido..." (LIX, Pág. 339).

11) En los procesos especiales de filiación natural de que conocen los jueces de menores, su objeto es la investigación de la paternidad o maternidad, como claramente se deduce de lo dispuesto en los artículos 1º (numeral 1º, Inc. 3º), 7º y 10 a 16 de la Ley 75 de 1968. Por consiguiente en el evento de que el juez de menores declare la paternidad natural, el demandado o sus herederos y el cónyuge, en su caso, pueden pedir que esa declaración se revise por la vía ordinaria ante el juez civil competente, dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo. Esa revisión no se circunscribe necesariamente a un nuevo examen de la presunción de la paternidad en que se fundó aquél o a una revaloración de las mismas pruebas que tuvo en cuenta para hacer su

declaración, pues no se trata de un recurso contra dicho fallo.

De lo expuesto se concluye que en el proceso de revisión de que tratan los Arts. 17 y 18 de la Ley 75, la cuestión sub-judice es el fenómeno jurídico de la filiación natural y no solamente la presunción o presunciones de paternidad debatidas ante el juez de menores o la valoración que éste haya hecho de las pruebas que ante él se adujeron.

Así, cuando ante el juez de menores se invocaron relaciones sexuales como fundamento de una de las presunciones de paternidad natural que consagra el Art. 6º de la Ley 75 de 1968, como ocurre en este caso, el juez civil que conoce de la acción de revisión de la sentencia proferida por aquél, puede estudiar y ponderar las mismas pruebas que este último tuvo en cuenta para hacer la declaración impetrada, y por ende llegar a la misma conclusión o a una distinta. Ello no obsta para que analice también los nuevos medios de prueba que se aduzcan en el proceso de revisión, tendientes a demostrar, por ejemplo, que durante la época en que se presume ocurrida la concepción del hijo, la madre las tuvo con otro u otros hombres, o que el pretenso padre estaba en incapacidad de engendrar.

No prospera, pues, el segundo cargo, porque no hubo violación alguna por parte del Tribunal de las normas que menciona el impugnante. Como atrás se expuso, el Art. 17 de la Ley 75 estatuye precisamente que "la determinación del estado civil que se haga en la sentencia dictada por el juez de menores surte todos los efectos legales **mientras no sea infirmada en el juicio de revisión** (se subraya) de que trata el artículo siguiente..., el cual dispone que dicha sentencia "en cuanto se refiera al estado civil es revisable por la vía ordinaria ante el juez civil competente".

Esa revisión fue la que hizo el sentenciador en el caso **sub-lite**, y al hacerlo valoró de nuevo el acervo probatorio que se adujo para demostrar la presunción de filiación impetrada ante el juez de menores, es decir las relaciones sexuales entre la madre de la menor y el pretendido padre de la misma, y encontró que no estaban plenamente demostradas. A esa convicción suya obedeció lo resuelto en la sentencia objeto del recurso de casación, como que el ordinal 4º del Art. 6º de la Ley 75 de 1968, en cuya inaplicación se funda la censura, sólo es aplicable cuando tales relaciones sexuales en la época en que se presume ocurrida la concepción, están plenamente probadas.

En el tercer cargo, se acusa la sentencia por interpretación errónea de los artículos 183 y 187 del C. de P. C.; y por falta de aplicación de los Arts. 379 y 380 del mismo estatuto.

A lo cual observa la Corte:

a) Estando formulada la impugnación por la causal primera, necesariamente resulta vana si se pretende que hubo quebranto de normas que no son sustanciales, como ocurre con los dos preceptos mencionados inicialmente, los cuales versan, en su orden, sobre las "oportunidades probatorias" y la "apreciación de las pruebas", y por tanto no crean, ni declaran, ni modifican, ni extinguen derechos subjetivos.

b) No cabe tampoco acusar la sentencia del Tribunal por falta de aplicación de normas ajenas al caso **sub-judice**, y que por serlo no fueron ni podían ser aplicadas, como ocurre con los artículos 379 y 380 del C. de P. C., referente al recurso extraordinario de revisión. La parte demandante en el proceso no interpuso ese recurso contra la sentencia proferida por el juez de menores, sino que promovió la acción de revisión que autorizan los tantas veces citados Arts. 17 y 18 de la Ley 75 de 1968, a la cual eran extraños los preceptos en cuya falta de aplicación se funda el cargo en estudio.

c) Por último, conviene advertir que la mera alusión que hace el recurrente a los Arts. 94 de la Ley 83 y 18 de la Ley 75 en la sustentación del cargo, no permite a la Corte, dentro del rígido sistema dispositivo que impera en casación, investigar si se acusa quebranto de los mismos y el concepto o la forma en que éste pudo haberse producido.

Por lo tanto, la acusación 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 proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LOS JUECES

Error inexcusable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

I. Antecedentes

1. **Daniel Durán Blanco**, obrando en su propio nombre, en escrito presentado el 29 de febrero pasado ante el secretario de esta Sala, demandó a los Magistrados Bernardo Rodríguez Charry, Alvaro Rovira Arango y Manuel Enrique Daza Alvarez, integrantes de una sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que, previos los trámites del proceso ordinario, se les condenase, **in-solidum**, a pagarle la suma de $ 269.693.20, o la que fijen peritos, valor en que estima los perjuicios que aquéllos le causaron al pronunciar con retardo injustificado y obrando con error inexcusable, la providencia calendada el 11 de diciembre de 1971, por medio de la cual se decretó la nulidad de lo actuado a partir del 1º de junio de 1970, dentro del proceso ejecutivo laboral promovido por él contra Ana Dolores Aldana Gutiérrez.

2. **La causa petendi** se hizo consistir en los siguientes episodios que se compendian:

Que los tres demandados, "notables profesionales del derecho, de señalada experiencia en el ejercicio de la rama jurisdiccional, así como catedráticos en diferentes facultades de derecho", fueron nombrados y confirmados por la Corte Suprema, Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cargo del cual tomaron posesión y que ejercían desde antes del 17 de mayo de 1971, hasta después del 11 de diciembre siguiente. Que en la primera fecha de las indicadas, por impedimento aceptado al Magistrado Arturo Linares Ortega, a conocimiento de la Sala de Decisión que forman los demandados, pasó el proceso ejecutivo antes mencionado, "dentro del cual se debatía en ese momento la excepción de nulidad proveniente de falta de citación o emplazamiento en la forma legal de la parte demandada". Que la dicha nulidad había sido denegada por el **a-quo** en virtud de que en el expediente obra, a folios 47, el escrito de poder otorgado por la demandada el 10 de abril de 1969 a un profesional del derecho para que la representara en el proceso apuntado "con la especial facultad para recibir la notificación del auto ejecutivo" y que le fue reconocido en la misma fecha por auto que se ve a folio 48. Que el apoderado renunció al poder en lugar de recibir la notificación correspondiente, después de haber sido citado con tal fin el 21 de abril siguiente, como consta en la boleta de citación que obra a folio 49 del expediente, y que, además, la demandada Aldana revocó el poder que había conferido a aquél, revocación que fue aceptada por el **a-quo** en auto que está en firme y que no fue invalidado por la nulidad que decretó el Tribunal.

Que, a pesar de existir la prueba de estos sucesos, en providencia calendada el 11 de diciembre de 1971, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, presidida por el Magistrado Rodríguez Charry, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de 1º de junio de 1970, fundándose en que el mandamiento de pago no había sido notificado al curador

ad-litem definitivo, siendo que tal exigencia sólo debía cumplirse en tratándose de "personas ausentes o de quien se afirma por el demandante su ocultamiento, mas no podía entenderse que se tratara de una rituallidad en favor de quien había comparecido en juicio otorgando y revocando poder de representación, confiriéndolo maliciosamente ante otra autoridad y jurisdicción".

Que existió error inexcusable por parte de los demandados "por la potísima razón de haber considerado que había sido mal emplazada... la demandada Aldana Gutiérrez, siendo que ella voluntariamente se hizo representar en el juicio".

Que la nulidad decretada por el Tribunal cobijó la diligencia de remate que se había llevado a cabo el 8 de julio de 1970, en la cual, por ausencia de postores, se le adjudicaron al demandante, por el 70%, bienes que habían sido avaluados en $ 865.644.00; que tal hecho le producía una "utilidad legal como licitante de $ 259.963.20", valor en que estima el daño emergente que se le causó con la declaración de nulidad dictada por error inexcusable.

Que ningún recurso existía, de acuerdo con la ley vigente, contra la providencia que reconoció la nulidad dicha.

Que la Sala de Decisión apuntada demoró desatar el incidente desde el 26 de mayo de 1971 hasta el 11 de diciembre siguiente, porque el ponente, como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, "tenía que reponer y recuperar el rendimiento que, debido a las conocidas incidencias de la Universidad Nacional en el año pasado, se habían desaprovechado". Que la comisión del error inexcusable podría atribuirse al hecho de que otro de los magistrados de la Sala "tenía que cumplir compromisos personales en el exterior, hacia donde salió pocas horas después del pronunciamiento".

Finalmente que el retardo del fallador causó al demandante perjuicios por valor de $ 10.000.00.

3. Notificado en legal forma el auto admisorio de la demanda y corriendo el término de traslado de la misma, los demandantes le dieron contestación y manifestaron expresamente oponerse a las pretensiones que contiene.

4. Trabada así la litis, el proceso se abrió a prueba y fueron practicadas todas las que las partes solicitaron. Durante el correspondiente período los litigantes no hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión. Y como está en firme el auto de citación para sentencia, es momento oportuno para decidir el litigio, a lo cual se procede, en virtud de que, como enseguida se dice, están satisfechos los requisitos para resolver el fondo del litigio y previas las consideraciones que servirán de motivación al fallo.

II. Presupuestos del proceso

a) Competencia

1. En el escrito de contestación a la demanda, planteó el apoderado de los demandados Rovira Arango y Daza Alvarez la tesis de la incompetencia de la Corte para conocer de los procesos de responsabilidad, seguidos contra magistrados de Tribunales Superiores que no sean de la respectiva Sala Civil. Arguye en apoyo de su afirmación que el artículo 40 del C. de Procedimiento Civil sólo atañe a la responsabilidad de los jueces civiles, como se rotula el Título IV del cual hace parte; que como el dicho Código fue expedido para reglamentar únicamente el ramo civil, cuando los artículos 25 y 40 se refieren a magistrados, debe entenderse que son únicamente los de las Salas Civiles.

2. Sobre este particular cabe observar que conllevaría clara mutilación del alcance que tiene la reforma en punto a responsabilidad del juez, sostener que ella no es predicable de otros jueces de la República, distintos a los del ramo civil, pues es palmario que el legislador quiso poner expresamente coto a los posibles desmanes de quienes amparados en esa sagrada investidura procedían, impunemente, con dolo, fraude o abuso de autoridad; omitían o retardaban injustificadamente las providencias o sus proyectos; o finalmente, obraban con error inexcusable, seguros de que tal proceder, desde el punto de vista de su personal responsabilidad, no podía serles causa de indemnización de perjuicios en favor de las víctimas de su torcido obrar.

La norma de derecho sustancial recogida en el artículo 40 citado, no es otra cosa que

una repetición, concretada a los jueces, del principio general que ordena reparar los daños causados por hecho o culpa de su autor, lo que, a todas luces, consulta la equidad.

La independencia de que debe gozar todo juzgador para facilitarle la aplicación de la ley, interpretándola con autonomía y libertad, de ninguna manera podría, so pretexto de amparar ese importante principio, servir de escudo a hechos que ostensiblemente demuestran carencia de buena fe o culpa manifiesta en el funcionario fallador.

3. Las tres causales que, de conformidad con el apuntado artículo 40, son fuentes de responsabilidad civil de los jueces, no están constituidas por hechos que, exclusivamente, puedan cometer los juecés del ramo civil. Ellas son predicables tanto de éstos como de los del ramo penal y laboral y de los demás jueces del país. Y aunque, en verdad, la norma que expresamente consagra esa responsabilidad hace parte del título denominado: "de los deberes, poderes y responsabilidad de los jueces civiles", la amplitud de su texto y la claridad del mismo permiten inferir que tal responsabilidad se predica de todos los jueces y no meramente de los del ramo civil. Además, el libro primero del cual hace parte ese título, trata también de los "órganos judiciales y sus auxiliares" haciendo referencia evidente a todas las ramas de la justicia ordinaria. Y como el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral dispone que a falta de preceptos especiales del mismo se aplicarán sus normas análogas" y, en su defecto, las del Código Judicial", síguese que el mandato contenido en el artículo 40 del nuevo estatuto procedimental civil cobija también a los jueces laborales.

4. Ahora bien, resultando que éstos del mismo modo son responsables civilmente de los perjuicios que causen a las partes en los eventos señalados en la predicha disposición, es apenas lógico concluir que la competencia para conocer de proceso de responsabilidad en que son demandados magistrados de Sala Laboral de un Tribunal Superior, de igual manera la tiene privativamente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto así está imperado de manera diáfana en el artículo 25-6 del Código de Procedimiento Civil.

b) Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso

Por igual, demandante y demandados son personas naturales y, como además tienen facultad para disponer de sus derechos, puedan ser partes del proceso y comparecer por sí al mismo.

Los demandados han comparecido por conducto de abogados inscritos y personalmente el demandante por exhibir también esta calidad.

c) Demanda en forma

La demanda que, **in limine litis**, no se ajustaba a las prescripciones legales, oportunamente fue corregida para satisfacer todas las exigencias que impera el artículo 75 del C. de Procedimiento Civil, al cual se ajusta. Además, como con ella se adujeron los documentos que prueban la calidad de magistrados que tenían los demandados en el momento en que se pronunció la decisión de 11 de diciembre de 1971, síguese que el libelo demandador es idóneo.

Estando satisfechos, pues, los presupuestos procesales, se entra a decidir sobre el mérito de esta litis.

III. La pretensión

Alegando que los tres demandados, integrantes de una Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, retardaron injustificadamente la resolución de un recurso y que al decidirlo obraron con error inexcusable, el demandante se mueve en pos de que ellos le indemnicen los perjuicios que afirma le causaron con la providencia calendada el 11 de diciembre de 1971, la cual declaró nulo, en parte, el proceso ejecutivo que el mismo demandante adelantaba frente a Ana Dolores Aldana Gutiérrez.

IV Oportunidad de la demanda

El derecho que invoca el demandante no ha caducado, ya que la demanda fue pre-

sentada antes de que transcurriera el año siguiente a la terminación del proceso ejecutivo, como lo impera el artículo 40 del C. de P. Civil en su penúltimo inciso.

V. Los hechos que aparecen probados

1º Con las copias pertinentes de las actas de las sesiones en que los demandados fueron nombrados para la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de las en que sus nombramientos fueron confirmados; con las de sus respectivas posesiones y con los certificados correspondientes del Secretario General de la Corte (Fls. 1 al 15 del cuaderno 1º), queda demostrado que, para el 11 de diciembre de 1971, cuando profirieron la providencia que ha originado este litigio, los demandados tenían la calidad de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Laboral.

2º Con la copia que obra a Fls. 16 y 17 del mismo cuaderno, y con las fotocopias que aparecen de Fls. 1 a 68 del cuaderno segundo, lo mismo que con el acta de la inspección judicial practicada el 29 de mayo pasado (Fls. 69 a 74 de este segundo cuaderno), compruébase que ante el Juez 6º Laboral de Bogotá, Daniel Durán Blanco adelantaba proceso ejecutivo frente a Ana Dolores Aldana Gutiérrez; que, desde luego que se afirmó no haber sido posible hallar a ésta, sin previo emplazamiento se le nombró curador ad-litem; que, antes de ser discernido el cargo a éste, la ejecutada por medio de escrito privado constituyó apoderado con facultad para intimarse del mandamiento ejecutivo; que antes de que a ese mandatario se le hiciera la notificación de la orden de pago, con expresa aceptación de la poderdante, renunció el poder que ésta le había conferido; que la renuncia fue aceptada por el Juzgado, motivo por el cual se dispuso, entonces, notificar el mandamiento de pago al curador, lo que se hizo el 17 de junio; que por cuanto al curador que venía actuando a la sazón, se le aceptó excusa para seguir ejerciendo el cargo, el 2 de octubre de 1969 fue sorteado nuevo curador, que oportunamente tomó posesión y al cual se le discernió el cargo en providencia de 21 de enero de 1970; que por auto de 20 de marzo siguiente el Juzgado 6º Laboral declaró en firme el avalúo que se hizo de los bienes embargados, y dispuso que, antes de señalar fecha para la almoneda, debía procederse a hacer el emplazamiento de la ejecutada de conformidad con lo que disponía el artículo 1001 del C. Judicial en relación con el 317; que, en memorial de 27 de mayo siguiente, ya emplazada Ana Dolores Aldana, el ejecutante pidió que se tuviera como curador definitivo al mismo que venía actuando como provisional y se dispusiera "se le notifique el mandamiento de pago al curador definitivo en la forma preceptuada por el artículo 1001 del C. J."; que después se fijó la fecha del 8 de julio para la subasta, la cual se realizó en ese día y durante su desarrollo se presentó la ejecutada para manifestar que quería pagar a los doctores Durán 4 fanegadas; que, después de llevada a cabo la subasta, la ejecutada Aldana constituyó nuevo apoderado, el cual solicitó la nulidad del título ejecutivo y subsidiariamente la de lo actuado a partir del auto de mandamiento de pago "por falta de citación legal de la ejecutada"; que en audiencia celebrada el 16 de octubre de 1970, el Juzgado desechó la petición de nulidad, de lo cual apeló la ejecutada; que, concedido el recurso, el expediente llegó al Tribunal Superior el 31 del mismo octubre y fue repartido, el 5 de noviembre siguiente, al magistrado García S.; que sucesivamente señaláronse para audiencia de trámite las siguientes fechas: 18 de noviembre a las 3½ p. m.; diciembre 4 a las 5 p. m.; febrero 3 de 1971 a las 5 p. m. y mayo 12 a las 5 p. m., audiencia ésta última dentro de la cual, por cuanto el magistrado Arturo Linares Ortega se declaró impedido por haber actuado como curador de la ejecutada, se le declaró separado y se dispuso pasar el expediente al magistrado Rodríguez Charry; que los autos pasaron al despacho de éste el 17 del mismo mayo; que el magistrado dicho señaló sucesivamente para decisión, las siguientes fechas: 5 de julio a las 5 p. m., septiembre 23 a las 4 p. m., septiembre 30 a las 11 a. m., octubre 13 a las 5 p. m. y diciembre 11 a las 10 a. m., audiencia dentro de la cual se declaró la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de 1º de junio de 1970, inclusive.

3º Con lo afirmado en la audiencia en que se recibió interrogatorio a los demandados y con los certificados del Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y del Secretario de la Sala Laboral del mismo (Fls. 74 a 78, 120 vto. y 121 a 123 del cuaderno 2º), se prueba la calidad y volumen de trabajo efectuado por el demandado Bernardo Rodríguez Charry en el lapso comprendido del 17 de mayo de 1971 al 11 de diciembre del mismo año.

VI. Fundamentos de la providencia pronunciada el 11 de diciembre de 1971, por la Sala Laboral referida

Estríbase ésta sustancialmente en que "se pretermitió la **notificación** del mandamiento de pago en la forma prevista en la última parte del artículo 1001 del C. J.", por lo cual quedó "incompleto el proceso de citación o emplazamiento previsto en la ley, acarreando la nulidad contemplada en la causal tercera del artículo 448 del C. Judicial, nulidad insubsanable..."

El Tribunal, después de transcribir pasos del auto recurrido del Juez 6º Laboral, que contienen las razones aducidas por el **a-quo** para desechar tanto la excepción de nulidad del título ejecutivo, como la declaración de nulidad del proceso por indebida citación de la ejecutada, expresa que existe una grave irregularidad procesal que genera nulidad parcial de la actuación; que tanto el **a-quo** como el ejecutante, después de ser avaluados los bienes que habían sido embargados, coincidieron en que la demandada debía ser emplazada como lo ordenaba el artículo 1001 precitado, lo cual ordenó el primero en auto de 20 de marzo de 1970 y solicitó expresamente el segundo en memorial presentado el 27 de mayo siguiente.

Explica luego el Tribunal que el Juzgado había nombrado curador **ad-litem** a la ejecutada, sin necesidad de emplazamiento previo, con el cual se entendieron la intimación del mandamiento de pago y las diligencias subsiguientes del juicio, dando aplicación a la primera parte del precitado artículo 1001 que dispone: si el ejecutante acredita sumariamente que el deudor se oculta o que se ignora su paradero, el juez, sin necesidad de emplazamiento previo, le nombra curador **ad-litem**. Pero que el **a-quo** había omitido dar cumplimiento cabal a la segunda parte de esa misma norma que impera: "ésto no obstante, el mandamiento ejecutivo debe notificarse al deudor mismo o a un curador con emplazamiento de aquél, antes de la citación para sentencia de pregón y remate...", mandato del cual sólo se satisfizo lo atinente al emplazamiento, mas incumplió lo correspondiente a designación de curador definitivo y a la notificación a éste o a la ejecutada de la orden judicial de pago.

Después de transcribir doctrina de tratadistas nacionales, concluye el fallador de segundo grado que, "si como se ha dejado establecido en el proceso, se pretermitió la **notificación** del mandamiento de pago en la forma prevista en la última parte del artículo 1001 del C. J., tal omisión, grave en concepto de la Sala, hizo incompleto el proceso de citación o emplazamiento previsto en la ley, acarreando la nulidad contemplada en la causal tercera del artículo 448 del C. Judicial, nulidad insubsanable y que debe ser decretada de plano".

Para resolver, la Corte considera

1. Es evidente que, ante el espíritu y la propia letra del artículo 40 del C. de P. Civil, sólo podrá hacerse efectiva la responsabilidad civil del juez o magistrado en cuanto se hayan demostrado plenamente los siguientes requisitos:

a) Que el demandante sea o haya sido parte en el proceso que dio origen al de responsabilidad.

b) Que el juez o magistrado demandado esté situado en alguno de los casos expresamente contemplados en esa norma.

c) Que el demandante haya sufrido un perjuicio cierto, y

d) Que exista relación de causalidad entre el daño y el proceder doloso, fraudulento o abusivo del juez o magistrado, o de su omisión o retardo injustificado en elaborar la providencia o el correspondiente proyecto, o, finalmente, de su obrar con error inexcusable.

2. Como claramente emerge de los hechos en que se contiene la **causa petendi**, el demandante atribuye a los demandados ha-

berse situado en dos de los tres casos que la ley ha consagrado como fuente de responsabilidad civil de los jueces por los perjuicios que causen a las partes: haber retardado injustificadamente el pronunciamiento de la providencia que debía desatar el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada, y haber obrado con error inexcusable al proferirla.

3. Aparece plenamente probado en autos que el demandante en esta litis es el mismo que tiene la calidad de ejecutante dentro del proceso ejecutivo que, ante el Juez 6º Laboral de Bogotá, se adelanta contra Ana Dolores Aldana Gutiérrez, por lo cual está satisfecho el primer elemento axiológico.

Visto el documento que obra a Fl. 121 del cuaderno 2º, se advierte que el proyecto de sentencia fue registrado el día 24 de septiembre de 1971 y aprobado el 1º de diciembre siguiente. De lo anterior dedúcese, tomando como punto de partida que es únicamente al magistrado sustanciador a quien compete elaborar el respectivo proyecto de auto o sentencia, que la posible demora que se hubiera presentado en su confección no les puede ser imputada a los magistrados Alvaro Rovira Arango y Manuel Enrique Daza Alvarez, puesto que ellos no son ponentes en tal proceso sino integrantes de la sala respectiva. Ahora bien, como la providencia no fue proferida dentro del término que para ello tiene la Sala, según lo que dispone al artículo 124 del C. de Procedimiento Civil, síguese que existió mora de los demandados en el pronunciamiento de la misma; mas como no se demostró que ese retardo fuera injustificado, tal demora carece del requisito exigido en el citado artículo 40. Y como al ponente se le pasaron los autos desde el día 17 de mayo de 1971 y sólo registró proyecto el 24 de septiembre siguiente, tal suceso, por sí solo, constituye retardo prima facie, pues dejó vencer los términos que le concedía el artículo 124 citado para elaborarlo. Sin embargo, esa demora, por sí misma no coloca al magistrado dentro del evento previsto en el numeral 2 del artículo 40 precitado, desde luego que el mero retardo no da origen a indemnización, pues se requiere que sea injustificado y esta calidad no aparece demostrada en autos. Sobre el particular, la actividad probatoria del demandante se limitó a acreditar la fecha en que, por razón del impedimento del que primitivamente era magistrado sustanciador, pasó el expediente a despacho del demandado Rodríguez Charry; la fecha de los sucesivos señalamientos para audiencia de decisión y la en que se profirió la resolución que se dice causó perjuicios al demandante. El magistrado Rodríguez, por el contrario, acreditó el número de sentencias, autos interlocutorios y de sustanciación que profirió en el lapso que tuvo a su conocimiento el proceso aludido para su decisión y las salas y demás diligencias a que asistió en el mismo tiempo (folios 120, 121 y 122 del cuaderno 2º), con lo cual, aunque no desvirtúa la ocurrencia de la mora, pues no se dice en qué fechas ocurrieron aquellos episodios, presta pie suficiente para concluir que no está comprobado en el proceso que tal retardo haya sido injustificado, calidad que de no existir hace que la mora no pueda ser fuente de responsabilidad civil.

Pero dejando de lado este punto y partiendo de la base hipotética de que si hubiera existido mora injustificada en el pronunciamiento de la decisión o en el registro del proyecto respectivo, sería necesario concluir que tal suceso podría dar origen a la aplicación de sanción disciplinaria, mas no a la afirmación de que los demandados son responsables civilmente. En efecto: los perjuicios se hacen consistir en que, al anularse la diligencia de remate en que se adjudicaron al demandante bienes por el 70% de su avalúo, éste padeció una pérdida cierta del 30% constituida por la diferencia entre la estimación pericial del valor comercial de esos bienes y el valor de su adjudicación. Si la causa del perjuicio, pues, dimana de la anulación del remate, síguese que el mismo daño habría ocurrido tanto en el evento en que proyecto y decisión de nulidad hubieran sido elaborados en tiempo oportuno. De consiguiente, no existiendo relación de causalidad entre el perjuicio alegado y la mora en proferir la resolución o en confeccionar el proyecto respectivo, fluye como lógica secuela que no puede deducirse responsabilidad civil a los magistrados.

Descartada esta fuente de responsabilidad es menester estudiar si existe la otra que

también invoca el actor: el error inexcusable.

En principio, tanto jueces como magistrados, deben poseer sólidos conocimientos del derecho, y deben estar ornados con virtudes entre las que deben sobresalir la honorabilidad, la rectitud, la dignidad, y un alto y profundo sentido de la justicia. Mas como podría darse el caso de que magistrados o jueces desbordaran los límites de su poder jurisdiccional, para irrumpir en los del abuso, ha sido menester consagrar expresamente en textos legales la responsabilidad civil de aquéllos cuando, con causa en el ejercicio de sus funciones, por la comisión de actos dolosos, fraudulentos, o abusivos, o por culpa lata, producen perjuicio a las partes.

De ahí que el nuevo Código de Procedimiento Civil haya consagrado de manera explícita la responsabilidad civil de jueces y magistrados, pero únicamente en los eventos precisos que contempla el artículo 40 de ese ordenamiento. Entre las causales allí establecidas está la de haber obrado con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Muy sabia resulta la disposición al exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse. Si la comisión de yerros, sin calificativo alguno, pudiera servir de estribo a procesos de responsabilidad contra los jueces, tales contiendas judiciales proliferarían de una manera inusitada; podría menguarse ostensiblemente la independencia y libertad que tienen para interpretar la ley, y se abriría ancha brecha para que todo litigante inconforme con una decisión procediera a tomar represalia contra sus falladores, alegando simples desatinos en faena tan difícil como lo es la de administrar justicia.

El error a que se refiere el numeral 3º del artículo 40 del C. de P. Civil ha de entenderse como equivocación o desacierto que puede dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. De modo pues, que la responsabilidad civil de jueces o magistrados puede originarse en una equivocación, sea que ésta haya tenido como causa un conocimiento falso de hechos o de normas legales o un completo desconocimiento de los mismos.

Pero es claro que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, desde luego que exígese que el desatino sea de aquéllos que no pueden excusarse, que quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo.

Y, además, como antes se insinuó, la mera demostración de que el funcionario obró con error inexcusable no es base suficiente para deducir la responsabilidad civil de quien lo cometió. Para que ésta pueda imputarse, menester es también que se haya causado perjuicio a una de las partes y que exista relación de causa a efecto entre el error inexcusable y el daño sufrido por el litigante. Por esto mismo debe aparecer acreditado que ese error fue determinante de la decisión en el sentido que causó el perjuicio, ya que si ésta, aun en el evento de que no se hubiera conocido el dicho error, se hubiera pronunciado con idéntico contenido, entonces no habría lugar a responsabilidad del fallador, pues el factor determinante del pronunciamiento no sería el yerro inexcusable. Del mismo modo, si la causa exclusiva de éste dimana de acto u omisión de quien luego lo invoca como fuente de indemnización en su pro, siendo su obrar o su omitir lo que dio causa a que el juez incurriera en él, en tal caso tampoco se podría deducir responsabilidad judicial, pues nadie puede sacar provecho del error a que éste fue inducido por aquél. Y finalmente se advierte que no podría existir error inexcusable cuando se sostiene punto de vista defensable respecto a una materia controvertida de derecho, comoquiera que la incertidumbre en su interpretación lo excusaría.

En el proceso ejecutivo laboral que, ante el Juez 6º, adelanta Daniel Durán Blanco, por disposición del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, era aplicable el artículo 1001 del C. Judicial que preceptuaba:

"Si el ejecutante acredita sumariamente que el deudor se oculta o que se ignora su paradero, el juez, sin necesidad de emplazamiento previo, le nombra un curador adlitem, con el cual se entienden la intima-

ción del mandamiento y las diligencias subsiguientes del juicio. Esto no obstante, el mandamiento ejecutivo debe notificarse al deudor mismo o a un curador con emplazamiento de aquél, antes de la citación para sentencia de pregón y remate; pero si el auto ejecutivo fue apelado, no se concede nueva apelación cuando se notifique por segunda vez".

Ahora bien, si la notificación del mandamiento de pago debía hacerse necesariamente a la ejecutada misma o al curador ad-litem definitivo, síguese que lo primero sólo podría cumplirse con el demandado que había comparecido al proceso después de haber sido representado por curador ad-litem provisional, pues en el caso de que continuara ocultándose o que no se supiera de su paradero, la notificación sólo podría hacerse al curador definitivo. Si la ley exigía expresamente, no obstante haberse notificado el mandamiento al curador provisional, que, antes de proferirse el auto de citación para sentencia de pregón y remate, el dicho mandamiento debía notificarse al deudor mismo, ello indica que el apersonamiento del ejecutado en el juicio no podía suplir esa notificación que, de conformidad con el artículo 999 del C. Judicial, sólo podía ser hecha por el respectivo juez. Por tanto, en ese caso, la intervención en el proceso por parte del ejecutado no hacía suponer que éste conociera y que por tanto no tenía que notificársele la providencia que había decretado el mandamiento ejecutivo.

Y auncuando al producirse la decisión de 11 de diciembre de 1971, que ha dado origen a ese litigio, ya estaba en vigor el nuevo Código de Procedimiento Civil que no reprodujo la norma excepcional del artículo 1001 citado en cuanto permitía adelantar la ejecución con un curador ad-litem provisional sin que para su nombramiento se exigiese el previo emplazamiento del demandado, como al entrar en vigor el nuevo Código ya había empezado a surtirse la notificación por emplazamiento a la ejecutada, por disposición expresa del artículo 699 de este último estatuto, tal acto debía surtirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1001.

De lo anterior conclúyese que los magistrados demandados no obraron erradamente y mucho menos con error inexcusable al dictar la citada providencia de 11 de diciembre de 1971, por lo que, deben ser absueltos. Y como la absolución, en procesos de la naturaleza de éste, trae aparejada, por expresa disposición del último inciso del artículo 40 apuntado, la condenación al demandante al pago de una multa de mil a diez mil pesos, a más de las costas y los perjuicios, será necesario fulminar a éste una equivalente a siete mil pesos ($ 7.000.00) teniendo de presente que el mismo actor, al solicitar que se diera aplicación a lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1001 apuntado, previó la ocurrencia de la nulidad decretada si no se cumplía el emplazamiento de la ejecutada y no se satisfacían los otros requisitos de ley.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

1º) Niéganse las peticiones de la demanda y, en consecuencia, **ABSUELVESE** a los demandados **Bernardo Rodríguez Charry, Alvaro Rovira Arango y Manuel Enrique Daza Alvarez** de los cargos que, en la demanda introductoria de este proceso, les formuló **Daniel Durán Blanco.**

2º) Condénase al demandante **Daniel Durán Blanco** a pagar, por concepto de multa, la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00).

3º) Condénase al mismo demandante a pagar a los demandados las costas y los perjuicios que les hubiere causado con esta demanda.

4º) Para el cobro de la multa impuesta, el Secretario de la Corte remitirá al funcionario fiscal copia de lo pertinente de esta sentencia, una vez esté en firme.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente, archívese el expediente.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACLARACION DE SENTENCIA

Sentencia complementaria. — Derecho de retención.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Apoyándose en lo estatuido por los artículos 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil, el demandado Pedro Marín Zapata oportunamente ha solicitado que se adicione y aclare la sentencia de 5 de septiembre pasado, mediante la cual la Corte decidió el recurso de casación interpuesto en el proceso.

Pretende el solicitante, en primer lugar, que esta Corporación aclare los ordinales 6º, 7º, 9º y 13 de la parte resolutiva de dicha sentencia, en los siguientes sentidos: a) que la nulidad y la cancelación del registro de la escritura Nº 1689 de 20 de diciembre de 1963, sólo afectan dicho instrumento en cuanto concierne al predio denominado "La Plata" y no en cuanto alude a los fundos llamados "Bética" y "La Comunidad"; b) que, en consecuencia, la sociedad "Mowerman Hermanos' solamente está obligada a restituir a Marín Zapata, como efecto del decreto de nulidad, la suma de $ 75.000.00; y c) que éste no está obligado a restituir al demandante sino la mitad de los frutos percibidos durante el lapso comprendido entre el 25 de mayo de 1959 y el 20 de diciembre de 1963.

Y persigue el peticionario, en segundo lugar, que la Corte adicione el ordinal 11 de la parte resolutiva de la memorada sentencia, en el sentido de extender el derecho de retención a garantizar también el pago de la suma de $ 150.000.00 y sus intereses que el demandante debe hacer a sus demandados.

Para decidir, la Corte considera

1º La adición solicitada

1. La sentencia, que es el acto procesal mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe resolver sobre todos los extremos de la litis.

2. Cuando así no ocurre, cuando por olvido de este principio normativo del comportamiento del juez al proveer, su sentencia no resulta "en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley" (Art. 305), el fallo es incongruente, ya sea porque en él se decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), **o sobre más de lo pedido** (ultra petita), **o sobre menos de lo suplicado** (mínima petita).

Este yerro in procedendo **puede repararse, generalmente, al través de los recursos de apelación y casación, desde luego que en nuestro sistema procesal impera también el principio de que "la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció". Sin embargo, tratándose del último de los tres indicados casos de inconsonancia, y como en tal evento no se persigue reformar una resolución dictada en la sentencia sino proveer sobre pretensiones oportunamente formuladas y no decididas en ella, el fallo incongruente por el aspecto dicho puede hoy ser adicionado por el mismo juez que lo profirió.**

Quizás rindiéndole culto al principio de la economía procesal, lo consideró así el

legislador de 1970 y lo consagró positivamente en el artículo 311 del C. de P. C., al estatuir que "cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o guarde silencio sobre costas, o sobre perjuicios en razón de temeridad o mala fe de las partes o sus apoderados, podrá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte".

3. En el caso que aquí se estudia, en su contestación a la demanda los demandados Marín Zapata y "Mowerman Hermanos", luego de oponerse a todas las pretensiones de su demandante, solicitaron que en el supuesto de la prosperidad de éstas se reconociere en favor de ellos derecho a retener el inmueble "La Plata", hasta cuando aquél "les pague el precio que dieron como valor del remate, con sus respectivos intereses, al igual que el valor de las mejoras".

Y en la demanda de reconvención que instauraron, impetraron también la misma súplica atinente al derecho de retención del inmueble, "hasta tanto se les pague, tanto el valor del remate, como el monto de las expensas y mejoras".

Mediante el ordinal undécimo de la parte resolutiva de la sentencia de 5 de septiembre, la Corte reconoció al demandado Marín el derecho a retener el inmueble por concepto del valor de expensas y mejoras, pero omitió resolver la petición de los demandados en lo atinente a la retención por el precio del remate y sus intereses.

De lo cual se deduce que estándose en presencia de la hipótesis contemplada por el artículo 311 del C. de P. C., es pertinente proferir sentencia complementaria.

4. Como consecuencia de haberse decretado la nulidad del remate del predio "La Plata" y del auto que lo aprobó, en acatamiento de lo estatuido por el artículo 1746 del C. C. se condenó al demandado Marín Zapata a restituirlo al demandante, junto con sus frutos naturales y civiles, y a éste a pagar a los demandados la suma de $ 150.000.00 que dieron como precio de la subasta, con sus intereses.

5. Por cuanto el artículo 2417 del Código Civil preceptúa que "no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan", la Corte insistentemente ha sostenido la doctrina de que nuestra ley positiva consagra con criterio restrictivo la existencia del derecho de retención, y que por consiguiente su reconocimiento sólo procede en los eventos expresamente señalados en ésta.

Y como dentro de los casos excepcionales que la ley determina en el punto, no se encuentra el de la deuda que por concepto del precio de la cosa vendida debe pagar el comprador a su vendedor cuando se decrete la nulidad de la compraventa, debe seguirse que el derecho de retención que por este aspecto reclaman los demandados es inexistente y que por ende no se puede reconocer. No se trata ciertamente en tal hipótesis de un saldo "en razón de expensas y mejoras", y por tanto no es posible aplicar a ella el artículo 970 del C. C. sin perjuicio de atribuir al derecho de retención un carácter general que no le corresponde.

Por lo demás, la sentencia de 5 de septiembre último, en cuanto por ella se condena al demandante a pagar a los demandados la suma de $ 150.000.00 que éstos dieron como precio del remate, con sus intereses, luego de ejecutoriada otorga a los acreedores facultad para demandar su ejecución mediante el trámite previsto por el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil.

2º La aclaración pedida

1. Por cuanto con el proceso se busca la certeza jurídica, la sentencia, que es el acto con el que normalmente éste termina, debe ser clara y precisa. Determinando su contenido, preceptúa el artículo 304 del C. de P. C. que la parte resolutiva de la sentencia "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda resolver sobre ellas y sobre costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, con arreglo a lo dispuesto en este Código".

En procura de alcanzar la claridad debida, cuando la sentencia no la tenga puede el mismo juez que la ha proferido, sin que ello implique revocación ni reforma de su fallo, aclarar, a fin de desvanecer las dudas

que produzcan, los conceptos o frases contenidos en la parte dispositiva o en la expositiva a que la primera hace referencia, tal cual lo autoriza el artículo 309 del C. de P. C. Con tal fin deberá interpretar racionalmente tanto las resoluciones como las motivaciones que influyan en las primeras, cuidándose de no llegar hasta modificar su alcance o el contenido de la decisión.

2. Mediante los ordinales 3º, 4º y 5º de la parte resolutiva de su sentencia de 5 de septiembre pasado la Corte, acogiendo las correspondientes pretensiones del demandante, declaró nulos el nombramiento de Rubiela Suárez como curadora de su hijo Próspero Gerardo Cardona; la licencia judicial que a ella se concedió para vender el fundo denominado "La Plata" de propiedad del pupilo; y la diligencia de remate de este inmueble y su auto aprobatorio. Consecuente con ello, en el ordinal 7º condenó el demandado Marín Zapata, a restituir al demandante ese mismo predio "La Plata", lo cual quiere decir que a aquél no se impuso obligación de restituir ningún lote o inmueble distinto del indicado.

3. En la escritura Nº 1689 de 20 de diciembre de 1963, otorgada en la Notaría 2ª de Armenia, consta el contrato de compraventa celebrado entre "Mowerman Hermanos" y Pedro Marín Zapata. Mediante esta convención, la citada sociedad vendió a éste la mitad de tres terrenos singularmente especificados allí como cuerpos ciertos, denominados "Bética", "La Plata", y "La Comunidad", de los cuales sólo el segundo fue el que ellos habían adquirido mediante el remate cuya nulidad se decretó.

4. Así las cosas, cuando la Corte, en el punto 6º de su sentencia declaró la nulidad del contrato de compraventa contenido en la precitada escritura Nº 1689 de 20 de diciembre de 1963, y cuando en su resolución 13 ordenó, como consecuencia, la cancelación de la inscripción de dicho título escriturario, lógica y naturalmente no podía referirse a tal instrumento sino en cuanto concierne el predio llamado "La Plata" y no en cuanto él alude a los fundos denominados "Bética" y "La Comunidad".

Interpretando racionalmente el contexto de la sentencia de 5 de septiembre pasado, tanto en su parte expositiva como en la resolutiva, se impone concluir que la invalidez de la escritura Nº 1689, deducida en el fallo, y la orden de su cancelación, obviamente no pueden referirse sino a la compraventa del fundo "La Plata", es decir, que dichas resoluciones no pueden afectar la compraventa de la mitad de lo fundos "Bética" y "La Comunidad", porque estos inmuebles no fueron materia del remate cuya nulidad se decretó, y porque las súplicas de la demanda se limitaron al referido predio "La Plata".

Como ciertamente el contenido de los ordinales 6º y 13 de la parte resolutiva de la sentencia, al hacer referencia a la escritura Nº 1689 para declarar la nulidad de la compraventa contenida en ella y ordenar su cancelación, ofrecen ambigüedad, procede aclararlos en el sentido indicado a efecto de desvanecer las dudas que produzcan.

5. Al imponer a la sociedad "Mowerman Hermanos", mediante el punto 9º de la parte resolutiva de la sentencia, la obligación de restituir a su codemandado Marín Zapata la cantidad de $ 240.000.00, como consecuencia de la nulidad decretada para la compraventa del inmueble denominado "La Plata", la Corte incurrió en el yerro de determinar como suma restituible por tal causa, la que en la citada escritura Nº 1689 de 20 de diciembre de 1963 se acordó como precio total de la venta de derechos sobre los tres fundos denominados "Bética", "La Plata" y "La Comunidad".

Como esta ostensible equivocación entraña un claro error puramente aritmético, con fundamento en lo autorizado por el artículo 310 del C. de P. C. se impone corregirlo, a fin de determinar en la cantidad de $ 75.000.00 la suma que "Mowerman Hermanos" debe restituir a Marín Zapata, por ser ella la que corresponde al precio de la compraventa del predio "La Plata", cuya invalidez se declaró, y ya que es el propio favorecido con esta condena quien así lo solicita.

6. En el ordinal 7º de la parte resolutiva del memorado fallo se condenó al demandado Marín Zapata a restituir al demandante el referido inmueble "La Plata", "junto con los frutos naturales y civiles percibidos desde el 25 de mayo de 1959 y hasta el día en que se verifique la entrega".

Fundándose en que en aquella fecha sólo adquirió la mitad de la finca "La Plata", por remate que conjuntamente con "Mowerman Hermanos" hizo; y en que solamente más tarde llegó a ser dueño de la totalidad por enajenación que la sociedad le hiciera de sus derechos en ella, pretende el demandado Marín Zapata que dicha resolución de la sentencia se aclare, en el sentido de decir que "no está obligado a restituir sino la mitad de los frutos percibidos durante el lapso comprendido entre el 25 de mayo de 1959 y el 20 de diciembre de 1963".

La condena que por razón de frutos naturales y civiles se impuso mediante la resolución 7ª de la sentencia, se fundó, como se infiere del contenido de ésta, en la posesión del inmueble que los produjo.

Por cuanto el condenado Marín Zapata sólo ha tenido la posesión de la totalidad de la finca "La Plata" desde el 20 de diciembre de 1963, fecha en la que compró a "Mowerman Hermanos" los derechos que a esta sociedad correspondían en el predio; y como desde mayo de 1959 y hasta aquella fecha poseyó la mitad solamente, debe entenderse que su obligación de restituir los frutos comprende los percibidos por él sobre la mitad del fundo hasta el 20 de diciembre de 1963, y de la totalidad a partir de entonces.

De consiguiente, esta aclaración solicitada también debe acogerse.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia es nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Adiciónase el ordinal undécimo de la parte resolutiva de la sentencia de 5 de septiembre pasado, negando el reconocimiento del derecho de retención que los contrademandantes piden para garantizar el pago de la suma de $ 150.000.00 y sus intereses, que Próspero Gerardo Cardona debe hacer a Pedro Marín Zapata y "Mowerman Hermanos";

Segundo. Acláranse los ordinales sexto y decimotercero de la parte resolutiva de esa misma sentencia, en el sentido de que la nulidad y la cancelación del registro de la escritura Nº 1689 de 20 de diciembre de 1963, otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, sólo afectan este instrumento en cuanto concierne al predio llamado "La Plata" y no en cuanto alude a los fundos denominados "Bética" y "La Comunidad";

Tercero. Aclárase la resolución novena de dicha sentencia, en el sentido de determinar en sententa y cinco mil pesos ($ 75.000.00) la suma que "Mowerman Hermanos" debe restituir a su codemandado Pedro Marín Zapata; y

Cuarto. Aclárase el punto séptimo de la parte resolutiva de la referida sentencia, en el sentido de que Pedro Marín Zapata sólo está obligado a restituir al demandante los frutos naturales y civiles percibidos sobre la mitad del fundo "La Plata" durante el lapso comprendido entre el 25 de mayo de 1959 y el 20 de diciembre de 1963, y de la totalidad a partir de esta última fecha y hasta el día en que se verifique la entrega.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

José María Esguerra Samper, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, León Posse Arboleda, conjuez.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

Considera el suscrito que la aclaración de un fallo, bien se logra por medio de auto complementario, o mediante la corrección de errores aritméticos, así como la adición del mismo, por medio de sentencia complementaria, implica la existencia de una decisión de fondo la cual debe compartirse. Por tanto, no resulta extraño que habiendo salvado el voto, por no compartir la decisión adoptada por la Sala, al pedir adición y aclaración de la sentencia deje igual constancia ya que sigo creyendo en la validez de las razones expuestas para sustentar la validez del remate declarado nulo.

León Posse Arboleda

Firmo esta providencia remitiéndome a las razones expuestas en el salvamento de voto a la sentencia de casación.

José María Esguerra Samper

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

QUEJA

Obligaciones, deberes y cargas procesales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., ocho (8) de noviembre de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte el recurso de queja introducido por la parte demandada en este proceso ordinario instaurado por **Leonor Frasser de Marín** en frente de **José Luis Frasser.**

I. Antecedentes

1. En el proceso ordinario que a efecto de obtener la reivindicación del inmueble números 13-15 de la calle 10 y 9-64 de la carrera 14 de Armero, instauró ante el Juzgado Civil del Circuito de dicha ciudad la citada Leonor Frasser de Marín contra José Luis Frasser, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del 5 de julio pasado, confirmó el fallo de primera instancia proferido el 29 de octubre anterior, el cual acogió las pretensiones de la demandante.

2. Contra la providencia que puso fin a la segunda instancia del proceso el demandado interpuso oportunamente el recurso de casación.

Consideró el Tribunal dudosa la cuantía del interés para recurrir por esta vía y por tanto, fundándose en lo estatuido por el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto del 2 de agosto siguiente, para despejarla, dispuso su justiprecio "a costa del recurrente". Al efecto designó en esta providencia al perito Arturo Rojas Cifuentes, a quien concedió 3 días para tomar posesión del cargo y los 5 posteriores a su posesión para que rindiera el dictamen.

El experto nombrado tomó posesión el 9 de ese mismo mes, diligencia en la cual manifestó estar "listo a cumplir dentro del término señalado con la presentación del dictamen".

3. Por cuanto no cumplió sin embargo el perito con su deber, el Tribunal, vencido que fue el plazo otorgado a aquél para ello, mediante auto del 8 de septiembre pasado, resolvió declarar **"desierto el recurso** y ejecutoriada la sentencia".

El fundamento de esta decisión lo coloca el **ad-quem** en lo preceptuado por la primera parte del artículo 370 del C. de P. C.

4. Pedida que fue oportunamente la reposición del auto anterior, el Tribunal la denegó insistiendo en que la precitada norma "supone que la no presentación del experticio en el término oportuno es culpa de la parte, la cual debe velar porque el dictamen se rinda en el tiempo debido"; consiguientemente ordenó expedir las copias que estimó pertinentes para efectos del recurso de queja interpuesto en forma subsidiaria.

5. Dentro de la oportunidad prevista para el caso por el artículo 378 del C. de P. C., la parte interesada ha presentado a esta Corporación la solicitud de que se le conceda el recurso de casación por ella interpuesto, acompañando al respectivo libelo la copia de las piezas procesales ordenadas, expedida por el Secretario del Tribunal Superior de Ibagué.

II. Consideraciones de la Corte

1. Dentro de la teoría general del proceso, es verdad averiguada que al lado de los derechos y obligaciones que para las partes emanan de la relación jurídica contenida en él, surge una serie de deberes y de cargas

procesales cuyo cumplimiento va a influir decisivamente en el resultado del litigio.

Así, los expositores de la materia han clasificado estos imperativos jurídicos en obligaciones, deberes y cargas procesales, los que durante el trámite del proceso emergen con caracteres bien disímiles e inconfundibles.

2. Las obligaciones procesales son aquellas prestaciones de contenido económico impuestas a las partes, y en algunos casos a los terceros, con ocasión del proceso. En ellas existe correlativamente un derecho en favor de un particular o del Estado, que es el acreedor, como sucede, por ejemplo, en la condenación por costas o en la imposición de multas.

Son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos básicamente establecidos en favor de la adecuada realización del proceso, los que, dada su finalidad, miran más al interés de la colectividad que el particular de los litigantes. En ciertos casos estos deberes corresponden a las partes (Art. 71 C. de P. C.); en otros, las normas que los consagran tienen como único destinatario al juez (Art. 37 ibídem); y en otros su observancia corresponde a los terceros, como lo es, verbigracia, la presentación del dictamen por el perito que ha aceptado el encargo.

Pero como la actividad de las partes es de trascendental importancia para la suerte de sus pretensiones, la ley les impone determinadas conductas durante el desarrollo de la relación procesal. Constituyen estas situaciones jurídicas las llamadas cargas procesales, que consisten en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa, establecida en el exclusivo interés del propio litigante, y cuya omisión trae aparejada para él consecuencias desfavorables.

3. Con fundamento en los anteriores conceptos cabe afirmar que en punto de obligaciones, deberes y cargas procesales se trata de tres fenómenos jurídicos diferentes, no sólo por su naturaleza sino por los efectos que producen; y que, de consiguiente, no es dable refundirlos en uno solo, ni menos atribuir a uno de ellos las consecuencias propias de otro. Y como tienen distinto destinatario, las consecuencias del incumplimiento sólo pueden afectar a quien debe cumplirlos.

Por cuanto la obligación procesal implica una prestación de contenido económico, puede ser objeto de ejecución forzosa, carácter éste que ciertamente no puede predicarse de los deberes ni de las cargas, cuya efectividad entonces es posible alcanzar a través de sanciones; al paso que las obligaciones y los deberes procesales tienen como destinatarios a las partes mismas, a los terceros o también al juez, las cargas en cambio nunca surgen para éste y de su insatisfacción sólo nace un perjuicio para quien debió asumir la conducta establecida en la ley al respecto.

Y si ordinaria y normalmente estas situaciones jurídicas se presentan aisladas e independientes en el proceso, no son infrecuentes los casos en que la ley las establece en forma combinada, a tal punto que en tales eventos la satisfacción de una carga procesal por la parte aparece subordinada al cumplimiento de un deber por el juez.

4. En relación con la prueba pericial, las leyes de procedimiento hoy vigentes (Capítulo Segundo del Título I del Libro Primero y Quinto del Título XIII del Libro Segundo del C. de P. C., Decretos Nos. 2204 y 2265 de 1969), establecen que la designación de los expertos es atribución que en principio corresponde al juez; que el nombramiento debe notificarse personalmente al elegido; que si éste no se posesiona oportunamente, o no rinde dictamen dentro del término señalado, "se procederá inmediatamente a su relevo", y aún a su exclusión "del cuerpo oficial de auxiliares de la justicia"; que el perito puede, en la diligencia de su posesión, solicitar que se le amplíe el plazo concedido para rendir dictamen "y que se le suministre lo necesario para viáticos y gastos de la pericia"; que si dentro de la oportunidad señalada al efecto por el juez el litigante que pide la prueba "no consignare la suma fijada, ... se considerará que desiste de ella"; y que si la prueba se deja de practicar por culpa del perito, éste será sancionado con multa.

Toda esta normación positiva presenta la conjugación de deberes procesales del juez, del perito y de la parte en torno a la ritualidad y eficacia de la prueba, estableciendo entre ellos una dependencia en el sentido

de que algunos se subordinan al cumplimiento de otros.

5. En torno al justiprecio del interés para recurrir en casación, estatuye el artículo 370 del C. de P. C., que cuando a ello haya lugar, "antes de resolver sobre la procedencia del recurso el Tribunal dispondrá que aquél se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de éste no se practica el dictamen, o no se consignan los honorarios del perito dentro de la ejecutoria del auto que los señale, se declarará desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia".

Pero es apenas obvio pensar que para que el interesado consigne los honorarios del perito, el juez debe cumplir previamente con el deber suyo de determinarlos en su valor; y es palmar también que si a aquél se le impone la carga de suministrar lo necesario para la práctica del dictamen, debe el juez concretar igualmente este aspecto de la cuestión, pues de acuerdo con la regla 5ª del artículo 236 ese es su deber, cuando, por su parte, el perito al posesionarse ha pedido "que se le suministre lo necesario para viáticos y gastos de la pericia".

6. Como en el caso que aquí se estudia el Tribunal, al ordenar el justiprecio del interés para recurrir, no señaló los honorarios del perito designado al efecto; y como tampoco determinó el monto de viáticos y de gastos para la práctica del dictamen, desde luego que el perito no pidió ésto, se impone concluir que es injurídico fulminar un perjuicio para el recurrente so pretexto del incumplimiento de cargas procesales para él inexistentes.

Sostener, como lo hace el Tribunal de Ibagué, que el artículo 370 citado "supone que la no presentación del experticio en el término oportuno es culpa de la parte", es, ni más ni menos, alterar los términos en que se halla concebida dicha norma y por ende su alcance y su sentido. El precepto aludido se limita a determinar una conducta procesal y a señalar la consecuencia desfavorable de su inobservancia, pero no consagra en el punto presunción de culpa en contra del recurrente.

7. Si según lo estatuido por los artículos 9º, numeral 10, del C. de P. C. y 22 del Decreto 2265 de 1969, cuando el perito "no cumpliere su encargo dentro del término señalado, se procederá inmediatamente a su relevo", se impone concluir que en el caso sub-judice está pendiente aún este deber del juez y que por tanto la deserción del recurso fue decretada prematuramente.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve

1º Declárase que es ilegal, por prematuro pronunciamiento, el auto de ocho (8) de septiembre pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué declaró desierto el recurso de casación interpuesto en este proceso;

2º Ordénase que el referido Tribunal reemplace al perito designado para el justiprecio del interés para recurrir, y posteriormente decida lo que corresponda sobre la concesión del recurso de casación; y

3º Envíese la presente actuación al Tribunal ad-quem para que forme parte del expediente respectivo.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

CONGELACION DE ARRENDAMIENTOS

Competencia. — Reiteración del reconocimiento hecho por funcionarios administrativos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 10 de marzo postrero, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Herbert Geitner contra Clímaco Vásquez Correa.

Antecedentes

1. Por documento privado suscrito en Medellín el 22 de marzo de 1954, Clímaco Velásquez Correa dio en arrendamiento a Herbert Geitner el local distinguido con el número 53-42 de la carrera 49 de esa ciudad, debidamente determinado por sus linderos.

2. Acordaron los contratantes que el arrendamiento duraría cinco años, y que el arrendatario pagaría como precio la cantidad de $ 670.00 en el primer mes; $ 945.00 en los ocho siguientes; $ 925.00 durante el año subsiguiente; y $ 1.500.00 por el tiempo restante.

3. Con fundamento en el Decreto 210 de 1958, y afirmando que a partir del 1º de enero de 1956 el arrendador le había cobrado un precio superior al que regía el 31 de diciembre de 1955, Geitner solicitó del Gobernador de Antioquia condenara a aquél a devolverle los excedentes pagados.

4. Mediante la Resolución 172 de 3 de julio de 1970, dicho funcionario decidió así la solicitud referida: "1º Se condena al señor Clímaco Velásquez Correa ... a restituirle al señor Herbert Geitner, ... la suma de doscientos setenta y siete mil pesos ($ 277.000.00), valor de los arrendamientos cobrados y percibidos en exceso con violación del Decreto 1070 de 1956. 2º La suma anterior deberá ser pagada dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria de esta providencia".

5. Apelada por Velásquez esa decisión, el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la Resolución 49 de 2 de diciembre de ese mismo año, confirmó el ordinal primero de la providencia recurrida y revocó el segundo, con apoyo en el siguiente razonamiento: "De lo anterior se concluye que tanto las gobernaciones de los departamentos como la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con los Decretos 699 de 1957 y 210 de 1958, son competentes para conocer de las solicitudes de devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios, pero con la salvedad de que sus providencias no 'prestan mérito ejecutivo', porque la declaratoria de nulidad que hizo el Consejo de Estado del artículo 5º del Decreto 699 de 1958 produjo efectos de vigencia indiscutible y no 'resultó inocua' como pretende demostrarlo la Gobernación de Antioquia".

El litigio

Alegando como fundamento de su pretensión los hechos anteriormente relatados, y afirmando que "al ser declarado sin efecto, por la H. Corte, el mérito ejecutivo de las resoluciones administrativas, dictadas en desarrollo de las normas anotadas, a los arrendatarios sólo les queda el camino de impetrar el reconocimiento de sus derechos por la vía jurisdiccional, utilizando el juicio

ordinario, a fin de darle consistencia jurídica a la decisión administrativa pertinente", Hebert Geitner demandó a Clímaco Velásquez Correa ante el Juez Undécimo Civil del Circuito de Medellín, a intento de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que el señor Clímaco Velásquez Correa violó los términos del contrato de arrendamiento celebrado con relación al inmueble especificado en la parte narrativa de este escrito, al exigir un precio, sobre el mismo, superior al permisible legalmente.

"Segundo. Que, como consecuencia de la declaración precedente, el demandado sea condenado a pagarme, dentro del término que usted señale, por excesos de arrendamientos, la suma de **doscientos setenta y siete mil pesos** ($ 277.000.00) m/l., de conformidad con la decisión adoptada por el Departamento Jurídico de la Gobernación del Departamento, consignada en las copias anexas.

"En subsidio. Que el demandado sea condenado a pagarme, dentro del término que usted señale, por exceso de arrendamientos cobrados, en relación al inmueble indicado en esta demanda, la suma de dinero que se estableciere en el curso del juicio.

"Tercero. Que el demandado sea condenado a pagar a la parte demandante, conjuntamente con la suma concretada en la sentencia, los intereses corrientes, causados a partir de la fecha de exigibilidad de la misma y hasta el momento en que se verifique el pago".

Con oposición del demandado, quien negó la casi totalidad de los hechos en que se apoya la demanda y propuso las excepciones de prescripción y de "ausencia de causa", adelantóse el trámite de la primera instancia, la cual culminó con el fallo de 27 de octubre de 1971, mediante el cual el Juzgado condenó a Velásquez a pagar a Geitner, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de $ 277.000.00, "por concepto de los excedentes de los cánones de arrendamiento que recibió del segundo" y con sus intereses legales; negó las excepciones propuestas por el demandado, y condenó a éste en costas.

Apelada esta providencia por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó en la de 17 de marzo del año en curso, contra la cual, según se dijo, aquella misma interpuso el recurso extraordinario que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de notar el sentenciador que para él "es en extremo sencilla la motivación para confirmar el proveído del juez de instancia", expresa que al demandante "se concedió un derecho por resolución administrativa que entró a la órbita de situación jurídica concreta en el patrimonio del demandante pero se le privó de la vía de ejecución con motivo de la revocación que el Ministerio hizo del numeral correspondiente que abría la vía de ejecución'; y que "es a todas luces contra el sentido natural que se conceda un derecho por cualquier autoridad que fuere, con autorización de la ley y que luego por artificios jurídicos más que fundamentales razones, se obstruya la vía al particular para hacer efectivo su derecho".

Guiado por estos razonamientos, agrega el Tribunal:

"Se dijo que el poder judicial no era competente en un juicio de conocimiento para ordenar la devolución de cánones porque ya se vio que esta competencia pasó a las gobernaciones y al Alcalde del Distrito Especial de Bogotá. Pero cosa muy diferente es que en virtud del trámite del juicio de conocimiento se respete como se tiene que respetar lo decidido por las autoridades administrativas al respecto, no teniendo el juicio otra finalidad que subsanar un entuerto conservando lo de la incumbencia administrativa para que en virtud de la sanción que por medio de sentencia da el poder judicial, se abra al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su crédito en contra del arrendador. El demandante se limitó a pedir estrictamente el monto de los cánones pagados de más conforme lo ordenaron las autoridades administrativas y así el juez de primera instancia se limitó a condenar a la misma suma, es decir, a la fijada por dichas autoridades administrativas que eran las competentes para estos menesteres. Es claro que la parte demandante hizo solicitudes subsidiarias diferentes a lo resuelto por la autoridad administrativa, pero el juez se limitó a condenar como ya se dijo a la

cuantía que tales autoridades habían ordenado. Y a fe que no puede modificarse en lo más mínimo la providencia de la Gobernación y del Ministerio en cuanto a lo que que es de su incumbencia que no es otra que conceder o no conceder la devolución de cánones y fijar su monto.

"Es verdad que el juez de primera instancia entró de fondo para averiguar el monto de los cánones pagados de más y por tanto debidos. Enhorabuena el juez acogió la misma cantidad que reconocieron las autoridades administrativas. La justicia ordinaria no debe en virtud de la jurisdicción privativa que incumbe a aquélla, deducir saldos en contra de los arrendadores por exceso en el pago de cánones. Debe limitarse esta jurisdicción en casos anómalos como el presente a ratificar aquéllos fijados por la autoridad administrativa.

"La resolución no tenía competencia para decir o mejor conceder o no conceder la vía de ejecución a lo resuelto. Esto corresponde a la ley.

"No considera el Tribunal por motivo alguno que pueda alegarse que al demandante no le asiste el derecho de venir al poder judicial para que en vista de las circunstancias concretas que aquí se presentan, este órgano sancione y acoja mediante juicio de conocimiento lo resuelto en la vía administrativa para abrir el proceso de ejecución. Obrar de otra manera repugnaría a la equidad y a sanos principios jurídicos que niegan toda posibilidad a la existencia de un derecho que no puede hacerse efectivo".

La demanda de casación

Con fundamento en la causal quinta, solicita el censor que por la Corte se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se declare nulo todo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por haberse incurrido en las causales de nulidad consagradas en los numerales 1 y 3 del artículo 152 del C. de P. C., "por corresponder el negocio a distinta jurisdicción y revivirse un proceso legalmente concluído".

Con el propósito de fundar el cargo, dice el recurrente que el Decreto 699 de 1957, inicialmente, y el 210 de 1958, más tarde atribuyeron de manera exclusiva a los gobernadores de departamento y al Alcalde del Distritio Especial de Bogotá la facultad de ordenar la devolución de los excedentes pagados por concepto de cánones de arrendamiento; que por tratarse de materia atribuida a la competencia privativa de funcionarios de la rama administrativa en atención a la naturaleza del asunto, le está vedado a la rama judicial su conocimiento; y que "por haber ésta aprehendido tal conocimiento en el caso sub-judice, se ha incurrido en la causal de nulidad invocada, no susceptible de revalidación o allanamiento por tratarse de materia de orden público".

Nota, en seguida, que mediante las sentencias de 29 de abril de 1969 y 17 de noviembre de 1971, la Corte casó los fallos de segunda instancia y, en su lugar, declaró nulo todo lo actuado en los procesos respectivos, porque no obstante debatirse en ellos lo concerniente a la devolución de excedentes pagados por concepto de cánones de arrendamiento, se adelantaron ante la justicia ordinaria y no ante las autoridades administrativas a que se hizo referencia. Observa, empero, que "la diferencia del caso sub-judice con los sentenciados por la Corte en los dos negocios arriba invocados, radica en que aquí sí previamente se ha provocado la actuación de la rama administrativa: Gobernación de Antioquia, en primer grado; Ministerio de Desarrollo Económico, en segundo. Sólo que, como ésta última entidad desconociera mérito ejecutivo a la decisión administrativa, y a lo que más adelante habré de referirme, el Tribunal de Medellín, condolido de tal situación, proclama que "no puede alegarse que el demandante no le asista el derecho de venir al poder judicial para que en vista de las circunstancias concretas que aquí se presentan, éste órgano sancione y acoja mediante juicio de conocimiento lo resuelto en la vía administrativa para abrir el proceso de ejecución. Obrar de otra manera repugnaría a la equidad y a sanos principios jurídicos que niegan toda posibilidad a la existencia de un derecho que no pueda hacerse efectivo".

Afirma el recurrente que es equivocada esta manera de pensar del Tribunal, y con el fin de demostrar su aserto razona así:

a) "El desconocimiento que la resolución ministerial hizo del mérito ejecutivo de la orden gubernativa para la devolución de los cánones, no puede ostentar la virtualidad suficiente de crearle a la rama jurisdiccional una potestad que la ley expresamente ha atribuido a otra rama del poder público, como la H. Corte lo ha destacado tan certeramente que sería necio y superfluo insistir en ello ante la propia autora de la doctrina jurisprudencial invocada".

b) Sobre el mérito ejecutivo de las resoluciones administrativas de devolución de cánones, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en las sentencias a que se hizo referencia, al expresar que "las gobernaciones y la Alcaldía de Bogotá se hallan legalmente facultadas para ordenar 'mediante resolución motivada que prestará mérito ejecutivo', la devolución de las sumas pagadas en exceso por los arrendatarios, sin perjuicio de los recursos pertinentes que contra esa resolución autoriza la ley, por no revestir aquélla la fuerza de cosa juzgada material (CXXX, 75)".

c) "Si equivocadamente o no la Resolución del Ministerio de Desarrollo Económico negó el mérito ejecutivo al titular del derecho que se cree lesionado, el ordenamiento jurídico colombiano le brinda la oportunidad de recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, constitucionalmente habilitada para ejercer el control de legalidad sobre los actos de la administración violatorios de preceptos superiores en la jerarquía o escala de normas. Si el arrendatario Geitner no lo ha hecho, o no lo hizo en su tiempo, es cuestión a él sólo imputable. Porque, según el pensamiento de la Corte inmediatamente arriba transcrito, no obstante prestar mérito ejecutivo las resoluciones gubernativas ordenatorias de devoluciones de cánones, carecen de la fuerza de cosa juzgada material y son susceptibles de los recursos pertinentes autorizados por la ley. Y cuáles son esos 'recursos pertinentes'? Pues por tratarse de resolución ministerial los establecidos ante la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo. (Código Contencioso-Administrativo, artículo 34, numeral 10, y artículo 67)".

De donde concluye el impugnante que "la presente acción se ha enderezado, pues, por ruta procesal que no le corresponde, y lo que es peor, ante jurisdicción vedada por el querer legislativo para el conocimiento de este tipo de contenciones".

Dice, finalmente, que la tesis del Tribunal, además de implicar la reviviscencia de un proceso legalmente concluido (causa tercera de nulidad), llevaría al absurdo de repetir la condena administrativa, como en el presente caso, dándose así la duplicación extravagante y mecánica de un proceso, "o, lo que sería más grave, llegar a conclusiones distintas o contrarias a las que llegó la rama gubernativa, suscitándose así un choque o conflicto jurisdiccional, con serio quebranto de la unidad de la cosa juzgada y del respeto debido a las decisiones de los jueces o funcionarios dispensadores de justicia".

La Corte considera

1. En sentencia de 29 de abril de 1969, luego de notar esta Corporación que las funciones de control y vigilancia de que trataban los Decretos 1070, 616 y 453 de 1956 y 699 de 1957 pasaron, a partir del 1º de julio de 1958, a las gobernaciones de los departamentos y a la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá, por virtud del Decreto legislativo 210 de 1958, comprendido entre los que la Ley 141 de 1961 adoptó como leyes, concluyó que la competencia de tales gobernaciones y alcaldía "para conocer de las solicitudes de devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios, quedó fijada en dichas entidades por mandato expreso del legislador, y que siendo tales normas de igual jerarquía a las del Código Judicial, prevalecen sobre las de éste por señalarse en ellas una competencia privativa para conocer de tales solicitudes". (CXXX, 74). Concepto éste que fue reiterado posteriormente en sentencia de 17 de noviembre de 1971, aún no publicada, en los siguientes términos: "De todo lo anterior se deduce rectamente, pues, que la competencia para conocer de las peticiones de devolución de excesos de cánones pagados sobre los congelados, radica en los funcionarios administrativos tantas veces mencionados. No en los adscritos a la rama jurisdiccional. Por tanto, mal pueden éstos evocar esta clase de negocios. La ley es la que fija la compe-

tencia, o sea la que distribuye la jurisdicción entre las diferentes autoridades del Estado, debiendo ser obedecida totalmente, mas cuando, como ya se dijo, comprende ordenaciones de orden público". (Ordinario de Urbanización Capri contra Soledad Puerta de Garcés).

2. Con apoyo en estas conclusiones, y teniendo en cuenta que las demandas incoativas de los procesos en que recayeron los fallos mencionados versaban sobre devolución de excedentes pagados por concepto de cánones de arrendamiento, la Corte declaró nulo todo lo actuado por no tener los jueces que conocieron de ellos competencia para decidir tal clase de litigios.

3. Tocante con el mérito ejecutivo de las resoluciones de las autoridades administrativas que decretan la devolución de sumas pagadas en exceso por los arrendatarios, dijo la Corte en la citada sentencia de 29 de abril de 1969:

"Cabe notar, asimismo, que si bien es cierto que el artículo 982 del C. J. (a la sazón vigente) le da mérito ejecutivo a las decisiones judiciales que deben cumplirse, también lo es que por voluntad del legislador pueden tener ese mérito decisiones de autoridades administrativas, como acontece, entre otros casos, con las resoluciones de las Cámaras de Comercio sobre imposición de multas (Ley 28 de 1931, Art. 31 y 44), y con las resoluciones administrativas dictadas contra el usurpador de una patente de invención o de una marca de fábrica, en las hipótesis contempladas en los Arts. 74 a 77 de la Ley 31 de 1925.

"... De otra parte nota la Corte que cuando, en el año de 1960, se presentó la demanda de nulidad del Art. 5º del Decreto ejecutivo 699 de 1957, en cuanto a la expresión 'que prestará mérito ejecutivo', por considerársele violatorio del 982 del C. J., ya se había expedido el D. L. 210 de 1958, que, en forma expresa, adscribió a las gobernaciones y a la Alcaldía del D. E., de Bogotá las funciones de control y vigilancia que el Decreto 699 prenombrado atribuía al Ministerio de Fomento. Y como, según se dejó dicho, la única función de control que ese decreto atribuyó al Ministerio de Fomento fue la de ordenar, mediante resolución motivada que prestará mérito ejecutivo, la devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios, síguese que tal función, en la forma y términos contenidos en el Decreto 699, pasó a las gobernaciones y a la Alcaldía de Bogotá a partir del 1º de julio de 1958, y que de esta fecha en adelante dejaron de regir, como simples preceptos reglamentarios, las normas del Decreto ejecutivo 699, para entrar en vigor como preceptos del D. L. 210 de 1958 en el cual quedaron subsumidas.

"Se tiene, entonces, que como la demanda de nulidad instaurada ante el Consejo de Estado se refirió concretamente al Art. 5º del Decreto 699 memorado, como reglamentario del 1070 de 1956, y esa entidad decretó la nulidad impetrada en cuanto a la frase de aquella disposición que dice: 'que prestará mérito ejecutivo', la declaración de nulidad recayó sobre un precepto reglamentario que ya había dejado de regir como tal por haber sido incorporado al D. L. 210 de 1958. Al subsumirse en este último las normas reglamentarias del 699, perdieron su categoría de tales para adquirir la correspondiente a la de los decretos legislativos. Y como tales normas, en su nueva condición, no han sido declaradas inexequibles, ni han sido derogadas, conservan la plenitud de su vigor, máxime cuando hoy día se hallan convertidas en legislación permanente por virtud de la Ley 141 de 1961. Lo cual significa que las gobernaciones y la Alcaldía de Bogotá se hallan legalmente facultadas para ordenar, 'mediante resolución motivada, que prestará mérito ejecutivo' la devolución de las sumas pagadas en exceso por los arrendatarios, sin perjuicio de los recursos pertinentes que contra esa resolución autoriza la ley, por no revestir aquélla la fuerza de cosa juzgada material".

4. Esta doctrina, acogida en el fallo de casación del 17 de noviembre de 1971 a que se hizo alusión anteriormente, la reitera hoy la Corte frente al artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, puesto que se trata de un título ejecutivo establecido en una ley especial, y por sabido se tiene que la "disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". (L. 57 de 1887, Art. 5º, 1ª).

A este propósito conviene observar, de una parte, que no es exacta, por lo dicho,

la afirmación que se hace en la demanda introductoria del proceso de que la Corte declaró "sin efecto el mérito ejecutivo de las resoluciones administrativas"; y de otra, que emanando éste de la voluntad del legislador resulta insólito, por decir lo menos, que el Superintendente de Industria y Comercio, arrogándose una facultad que no le corresponde y contra mandato expreso de la ley, le hubiera negado a la resolución condenatoria de la Gobernación de Antioquia el mérito ejecutivo que la ley le otorga, creando así en el arrendatario una incertidumbre acerca de la efectividad de su derecho, que lo llevó a acudir a la justicia ordinaria con el fin de que fuese disipada.

5. No era menester, para que el Decreto 699 memorado quedara subsumido en el 210 de 1958, que éste reprodujera íntegramente su texto, como lo pretende el Superintendente de Industria y Comercio en la resolución por él proferida, pues bastaba para tal efecto que dispusiera, como lo hizo, que las funciones de control y vigilancia que en el 699 se adscribían al Ministerio de Fomento las ejercerían las gobernaciones de los departamentos y la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá, a partir del 1º de julio de 1958. De la misma manera que no se requería, para que el Decreto 210 prescitado quedara convertido en legislación permanente, que en la Ley 141 de 1961 se reprodujera su texto. De esta suerte, si, como se dejó dicho, la única función que el Decreto 699 adscribía al Ministerio de Fomento era la de decretar, mediante resolución "que prestará mérito ejecutivo", la devolución de los excedentes pagados por concepto de cánones de arrendamiento sujetos a congelación, al pasar dicha función a las gobernaciones y a la Alcaldía de Bogotá, quedaron éstas facultadas para ordenar esa devolución mediante resolución que prestará igualmente mérito ejecutivo.

6. Tres conclusiones se derivan de lo anteriormente expuesto, a saber: a) que la competencia para conocer de las solicitudes de devolución de excedentes a que se ha hecho referencia, radica privativamente en los funcionarios administrativos que señala el Decreto 210 de 1958; b) que son nulos los procesos que se promuevan ante los jueces ordinarios con ese propósito, por carecer éstos de competencia para conocer de tales litigios; y c) que cuando la autoridad administrativa competente ordena la devolución de excedentes, su resolución presta mérito ejecutivo por disposición expresa de la ley.

7. Muy distinta a la situación contemplada en los aludidos fallos de la Corte de 29 de abril de 1969 y 17 de noviembre de 1971, es la que ocurre en el caso **sub-lite**, como lo reconoce el propio recurrente, puesto que en éste sí se formuló ante las autoridades administrativas competentes la solicitud sobre devolución de excedentes pagados por el arrendatario Geitner, y sólo **por razón de la incertidumbre que acerca de la eficacia del derecho que le fue reconocido generó en él la afirmación contenida en la parte motiva de la resolución de segundo grado de que ésta no prestaba mérito ejecutivo, se vio precisado aquél a acudir a los jueces ordinarios a efecto de que se le diera certeza a su derecho mediante un acto jurisdiccional de mero acertamiento, en que se reiterara el reconocimiento hecho por los funcionarios administrativos. Y la competencia de tales jueces para hacer un pronunciamiento de esa índole no puede remitirse a duda, pues no se trata ya de resolver la solicitud sobre devolución de los excedentes pagados por el arrendatario, sino de hacer cesar la incertidumbre creada por la resolución de segundo grado que resolvió en forma favorable a Geitner la petición formulada ante el Gobernador de Antioquia, en cuanto al mérito ejecutivo de la misma. Aunque, en sentir de la Corte, el concepto que al respecto se contiene en la parte motiva de la resolución del Superintendente de Industria y Comercio no le restaba a aquélla el mérito ejecutivo que la ley le otorga, sí constituye un elemento externo que le da a esa incertidumbre un carácter eminentemente objetivo, suficiente de por sí para generar en el arrendatario el interés requerido para obtener una sentencia que le dé certeza a su derecho.**

8. Como en el caso sub-lite no se demanda la nulidad de la resolución proferida por las autoridades administrativas, sino el acertamiento del derecho que éstas le reconocieron al arrendatario, el pronunciamiento respectivo compete a la justicia ordinaria y no a

la contencioso-administrativa, como lo sugiere el recurrente.

9. Conclúyese de lo dicho que tanto el Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín como el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial sí eran competentes para conocer de este negocio, y, por ende, que no se incurrió en la primera de las causales de nulidad que señala el artículo 152 del C. de P. C.

10. Tampoco se da en el caso sub-lite la segunda de las hipótesis contempladas en el numeral 3 del citado artículo 152 —revivir procesos legalmente concluidos—, puesto que, como se dejó visto, la demanda con que se inició el promovido ante las autoridades administrativas perseguía directamente se condenase al demandado a devolver a Geitner el excedente de los cánones de arrendamiento pagados por él, en tanto que la incoativa del presente busca que por la justicia se haga cesar la incertidumbre que acerca de la eficacia del derecho reconocido en las resoluciones proferidas por tales autoridades, produjo en el demandante la afirmación de que ellas no prestaban mérito ejecutivo. Se trata, por tanto, de procesos sustancialmente distintos, lo que, obviamente, descarta la existencia de la nulidad alegada con base en la causal tercera mencionada.

Es, por lo dicho, impróspera la acusación.

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 diecisiete de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este negocio. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PROMESA DE VENTA

Nulidades: principio de la especificidad. — Los Arts. 1949, 1850 y 1955 del C. C. no son normas sustanciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos setenta y dos (1972).
(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 4 de mayo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por **Enrique Castaño Angel** frente a **Luis Joaquín Leal Castro** y otros.

II

Antecedentes

1. El 8 de marzo de 1967, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Bogotá, se pactó entre el citado Enrique Castaño Angel por una parte, y Luis Joaquín Leal Castro, Jaime Ernesto Leal Nieto y Carlos Vicente Leal Castro, por la otra, el contrato de promesa, cuyas cláusulas fundamentales son:

a) el primero se obligó a vender a los tres últimos y éstos a comprar a aquél, la finca denominada "El Carmen", situada en la vereda de Menegua de la jurisdicción municipal de Puerto López, con superficie de 814 hectáreas, comprendida dentro de las alindaciones que en dicho documento se consignan y cuya adjudicación estaba entonces tramitando en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria;

b) acordaron como precio de la compraventa prometida la suma de $ 127.500.00, de los que los prometientes compradores entregaron $ 20.000.00 en ese acto a su prometiente vendedor, y comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 60.500.00 mediante "la subrogación a favor del vendedor de la hipoteca que trata la escritura Nº 5719 de 3 de noviembre de 1966, corrida en la Notaría 6ª de Bogotá"; y los $ 47.000.00 restantes, con la transferencia a favor del prometiente vendedor del lote de terreno de que "trata la escritura Nº 1188 de 1º de abril de 1966, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, situado en la carrera décima A (10-A) número diez y nueve treinta y tres Sur (19-33-S), y dentro de los linderos y dimensiones que figuran en dicha escritura";

c) por las cláusulas tercera y cuarta del contrato, estipularon los intervinientes que el pacto prometido se perfeccionaría, mediante el otorgamiento de las respectivas escrituras públicas, dentro de los noventa (90) días siguientes, plazo dentro del cual Castaño Angel debía "legalizar los títulos de la finca 'El Carmen' en favor de los compradores Leal, sea por escritura pública o por adjudicación directa de INCORA" a éstos; y

d) estipularon las partes contratantes, en la cláusula séptima de dicha convención, una pena por la suma de $ 40.000.00, "para la que total o parcialmente incumpla lo pactado, en favor de la que cumpla".

2. El 30 de mayo de ese mismo año de común acuerdo resolvieron los contratantes, y así lo consignaron en el documento, prorrogar hasta el 10 de agosto siguiente el plazo inicialmente acordado para "la firma de las escrituras... o antes si estuviere legalizada la adjudicación del Incora".

3. Llegada que fue esta última fecha, 10 de agosto de 1967, las partes decidieron, consignando en ese mismo documento su vo-

luntad concorde, "prorrogar el plazo para las firmas de las escrituras correspondientes hasta el día veintinueve (29) de septiembre del año en curso, día en que deben estar legalizados los títulos o mejor, hecha la adjudicación correspondiente a los prometientes señores Leal Castro y Leal Nieto de la finca El Carmen".

4. El 30 de abril de 1968 Castaño Angel, como solicitante que había sido de la adjudicación del fundo "El Carmen", refiriéndose a ese proceso, expresó al Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que como los Leal Castro y Leal Nieto le habían incumplido el contrato anteriormente referido, él había realizado nueva negociación de sus derechos sobre el predio con Alberto Mario Fratini, "a quien hice entrega real y material de esa finca en enero del presente año".

De consiguiente pidió "la suspensión de este juicio, iniciado en principio para que se me adjudicara ese baldío y luego para que se tuviera en cuenta a los señores Luis Joaquín Leal Castro, Carlos Vicente Leal Castro y Jaime Ernesto Leal Nieto, ya que por lo confuso que en baldíos es la transferencia del dominio, me hizo incurrir en ese error al elevar la petición antes mencionada, pues ésto daría como resultado que al serles adjudicado el baldío El Carmen a los señores Leal, ... se vulnerarían los intereses del señor Alberto Mario Fratini".

5. Mediante Resolución Nº 8810 de 31 de mayo de 1969, proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se negó la adjudicación del predio "El Carmen" a los Leal Castro y Leal Nieto.

II

El litigio

1. Así las cosas, invocando como hechos constitutivos de la causa petendi los que fluyen de los antecedentes relatados, y afirmando además que como sus demandados "no dieron cumplimiento a su obligación", él, que en principio había iniciado la satisfacción de las suyas, al considerarse por tanto exonerado de responsabilidad "se vio obligado a no cumplir con lo pactado", el citado Enrique Castaño Angel demandó ante el Juzgado Civil Municipal de Bogotá a Luis Joaquín Leal Castro, Jaime Ernesto Leal Nieto y Carlos Vicente Leal Castro, a efecto de que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

Que los demandados incumplieron "el contrato de permuta" celebrado con el demandante el 8 de marzo de 1967, cuyo plazo fue prorrogado dos veces consecutivas; que están obligados a cumplirlo, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, "o a pagar" a éste los perjuicios que le causaron con su incumplimiento; y que, en consecuencia, se los condene "solidariamente o por terceras partes" a la indemnización debida, en la suma de cien mil pesos o en la que se determine pericialmente.

2. Los demandados, en su contestación al libelo, se opusieron a las pretensiones de su demandante y negaron los hechos invocados por éste.

Afirmaron que siempre han estado dispuestos a cumplir lo pactado con Castaño Angel; y que fue éste quien incumplió el contrato de promesa, al impedir que se les adjudicara la finca "El Carmen" por haberla enajenado a Mario Fratini.

3. Trabada así la relación procesal el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Veinte Civil del Circuito, le puso término a la primera instancia con sentencia de 8 de noviembre de 1971, mediante la cual absolvió a los demandados de los cargos contra ellos formulados e impuso las costas al demandante.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo de 4 de mayo de 1972, confirmó el apelado con costas de la instancia a cargo del demandante, quien propuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

Motivación del fallo impugnado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigiosa y de relacionar el desarrollo del proceso, emprende el Tribunal las consideraciones de su sentencia afirmando que, según el libelo demandador,

el demandante pretende principalmente el cumplimiento, por parte de los demandados, del "contrato de permuta pactado por medio del documento" de 8 de marzo de 1967.

Y concretándose al estudio del documento aludido, después de observar que dicho instrumento se adujo al proceso con la demanda y que "es la única prueba con que cuenta la parte actora", asevera el ad-quem que tal medio demuestra la convención ajustada por los contratantes en esa fecha, "mas no la prosperidad del derecho invocado por el actor, ya que la parte demandada no aceptó haber incurrido en el incumplimiento que se le atribuye en la demanda, y antes bien, tanto en el libelo suplicatorio se hace la afirmación de que quien no cumplió el contrato ni se ha allanado a cumplirlo es el actor, y ésto no sólo quedó corroborado con la contestación de la demanda, sino con las copias presentadas con la misma por la parte demandada".

2. Previa la transcripción del texto del artículo 1955 del Código Civil, el sentenciador se detiene en consideraciones atinentes a la naturaleza de la permuta, para afirmar luego que siendo contrato bilateral y conmutativo debe quedar sometido al tratamiento jurídico que para los pactos de esos caracteres consagran los artículos 1546 y 1609 de la misma obra.

A continuación apunta el Tribunal que el demandante no cumplió con la carga probatoria a que estaba obligado según lo manda el artículo 1757 ibídem; y tras repetir que los demandados no sólo no aceptaron el incumplimiento a ellos imputado en la demanda, sino que probaron que fue el demandante quien con su conducta se colocó en condiciones de impedir su propio cumplimiento, concluye afirmando que la excepción de contrato no cumplido se halla demostrada. Y agrega, como razón corroborativa de esta conclusión, que "el mismo demandante en el hecho 6º de su demanda, dice que, como los demandados 'no dieron cumplimiento a su obligación. ... se vio obligado a no cumplir con lo pactado', por considerarse exonerado de la obligación a su cargo. Se refiere a la propia, como contratante y actor'".

3. Aludiendo a la pretensión que para el pago de perjuicios encuentra también deducida en la demanda, expresa el Tribunal, fundándose en la conclusión a que antes arribó, que ella tampoco puede prosperar.

Añade que no encontrándose demostrado el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los demandados, no procede condenarlos a su cumplimiento; y que, en estas condiciones, "la acción subordinada de perjuicios, que accede a la principal, no puede tener ninguna efectividad; ya que no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios, porque éstos provienen únicamente del incumplimiento".

IV

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia antes extractada: el primero dentro del ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el segundo con fundamento en la segunda; y el último con apoyo en la quinta, que la Corte procede a examinar en orden inverso al que aparecen propuestos, por exigirlo así el despacho lógico de los mismos.

Cargo tercero

1. Estima el recurrente que el proceso se halla viciado de nulidad por haberse omitido en él el término para pedir pruebas, según lo previsto por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 6º En consecuencia solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad de la actuación desde el auto de 8 de abril de 1970.

2. Al desarrollar el cargo, dice el acusador que si bien en el proceso se profirió el auto de 8 de abril de 1970 abriendo la causa a prueba por diez días, tal proveído, por estar edificado sobre un informe secretarial equivocado, "es ilegal o inexistente" y por tanto violatorio del derecho de defensa de las partes.

Asevera el impugnante que la constancia de vencimiento del término del traslado de

la demanda, consignada por la secretaría del Juzgado a-quo el 6 de marzo de 1970 es errada, porque si el auto admisorio solamente se notificó a dos de los demandados el 13 de marzo de de ese año, para la fecha en que tal informe se rindió "era legalmente imposible que estuviera vencido el traslado corrido a Luis Joaquín Leal Castro y Jaime Ernesto Leal Nieto".

Continuando con el desenvolvimiento de la censura, expresa el recurrente que como el auto que recibió el proceso a prueba es ilegal, debe aceptarse, en consecuencia, que "el término para pedir pruebas se omitió y que por ende se incurrió en nulidad, causal que no está saneada a pesar de que "mucho tiempo después de ese auto se hubiera fijado término para recibir las pruebas pedidas".

Se considera

1. El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, destina todo el Capítulo 5º del Título XI de su Libro Segundo, a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse, su saneamiento y sus consecuencias.

Mediante los primeros de dichos preceptos, el legislador de 1970, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en esta materia, aunque ampliando el número de las causales anteriormente consagradas, 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, los motivos de nulidad, ora se trate de los generales para todo proceso o ya de los especiales para algunos de ellos, son pues limitativas y por consiguiente no es posible extenderlas a informalidades diversas.

Porque si, como lo ha dicho la doctrina de la Corte, en la tramitación de un proceso 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", revistem mayor trascendencia; 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. Nº 2115/16, Pág. 634).

2. Quizás con el propósito de acabar con las discrepancias que en torno a las teorías de la nulidad constitucional y del antiprocesalismo surgieron entre los juzgadores, pero siempre siguiendo el criterio taxativo atrás aludido, el numeral 6 del artículo 152 del C. de P. C. eleva a la categoría de nulidad general la omisión en el proceso de "los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión", cuya razón de ser está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

Mas, como el legislador no consagró las nulidades procesales por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no podrá hallarse sino en los casos en que, durante el trámite del proceso, el juez no concede a los litigantes la oportunidad legalmente establecida para pedir sus pruebas, para practicar las pedidas o para formular sus alegatos de conclusión; y no cuando, habiéndosela otorgado, aquéllos, por una o por otra causa, no quisieron o no pudieron postular los correspondientes actos. Sólo en ese evento queda cercenado o desconocido el derecho de defensa de los intereses de las partes y consiguientemente la nulidad viene a cumplir su objetivo propio.

3. Como en el caso que aquí se estudia el juzgado a-quo, mediante auto de 8 de abril de 1970, concedió 10 días para pedir pruebas; como en providencia de 30 de junio siguiente dispuso que "las pedidas y decretadas" se practicaran en el plazo de

30 días; y como, finalmente, en proveído del 13 de octubre posterior ordenó "entregar los autos a las partes por diez días a cada una para alegar de conclusión", se impone concluir que sí se brindaron a los litigantes las oportunidades que al efecto determinaba la ley procesal vigente a la sazón; y, como consecuencia, que en la primera instancia del proceso no se incurrió en la nulidad que hoy invoca el casacionista.

4. De la lectura del cargo que se considera, se advierte que el censor hace consistir la nulidad que alega, en la por él afirmada ilegalidad del auto que recibió la causa a prueba, en su primer período, ilegalidad que a su vez hace derivar del informe secretarial de 6 de marzo de 1970, el que califica de equivocado.

Ocurre, empero, que la rebuscada tesis del recurrente carece de fundamento jurídico y es por tanto inaceptable. En efecto: en la hipótesis de que el referido auto fuere ilegal, tal irregularidad habría quedado saneada por no haberse interpuesto contra él recurso alguno (Art. 152 del C. P. C., **in fine**); sin embargo de la presunta equivocación del secretario en su informe aludido, el proceso se abrió a prueba luego de que todos los demandados contestaron la demanda; y, aún en el supuesto de que para entonces no hubiera vencido el término del traslado respectivo, tal ocurrencia habría implicado cercenamiento del derecho de defensa de los demandados y no del demandante, que es quien aquí la invoca sin tener interés jurídico.

El cargo es por tanto ineficaz.

Cargo segundo

1. Mediante éste se acusa la sentencia de segundo grado, de no estar 'en consonancia con las pretensiones de la demanda".

2. A intento de fundarlo asevera el censor, luego de extractar el contenido de cada una de ellas, que la demanda con la cual se inició el proceso trae deducidas tres peticiones, de las cuales las dos últimas son independientes de la primera; y que el **ad quem** solamente resolvió ésta, dejando por tanto las demás sin decisión.

Agrega que "el Tribunal ha debido pronunciarse sobre las peticiones segunda y tercera, ya que en realidad estas peticiones sí se fundaban en el contrato celebrado, que lo era de compraventa y no de permuta, contratos que no se pueden confundir, especialmente en este caso, donde las obligaciones aparecen pactadas en formas y términos diferentes".

Se considera

1. Mediante su fallo de 4 de mayo de 1972, resolvió el Tribunal "**Confirmar** en todas sus partes la sentencia apelada", por la cual el juzgador de primer grado decidió "**absolver a los demandados** por no haberse presentado pruebas por el actor de los hechos aducidos en la demanda". Lo cual significa que la sentencia hoy impugnada extraordinariamente es de total contenido absolutorio.

Y como en materia civil el fallo absolutorio entraña la denegación de las pretensiones del demandante, auncuando así no lo diga en forma explícita, debe aceptarse que en la sentencia de dicho contenido no es posible encontrar ninguno de los casos que configuran el fenómeno de la inconsonancia.

2. La Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que "la sentencia totalmente absolutoria no puede ser impugnada por incongruencia, ni en consecuencia acusada con fundamento en la causal segunda, porque en la sentencia plenamente absolutoria quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por los litigantes, de tal manera que de esa decisión no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los elementos constitutivos de la inconsonancia, como son las cuestiones no pedidas **(extra petita)**, o sobre más de lo pedido **(ultra petita)**, o sobre menos de lo suplicado **(mínima petita)**". (CVII, 153 y 154).

Por lo dicho, se desestima la censura.

Cargo primero

1. Se formula así: "La sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Bogotá es violatoria de los artículos 1850 y 1955 del Có-

digo Civil por aplicación indebida y por interpretación errónea de la demanda, e interpretación errónea del contrato presentado como base de la acción".

2. En el desarrollo del cargo el censor asevera, primeramente, que al estimar el ad-quem en su sentencia que el pacto contenido en el documento de 8 de marzo de 1967 es una permuta, quebrantó, "en forma directa" y por aplicación indebida, el artículo 1955 del C. C., porque ese contrato no es permutación sino compraventa, ya que reúne los requisitos exigidos por los artículos 1849 y 1850 ibídem.

En apoyo de su aserto recuerda el impugnador que de los $ 127.500.00 en que se convino el precio pactado, solamente $ 47.000.00 debían pagarse en un lote de terreno y los $ 80.500.00 restantes en dinero efectivo.

3. Continuando con el desenvolvimiento de la censura, afirma el recurrente que el sentenciador infringió además los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, en forma indirecta, al interpretar erradamente la demanda, "pues consideró que ésta se refería a una permuta y no a una compraventa".

4. Prosiguiendo en su confusa sustentación del cargo, dice el recurrente que la sentencia es también indirectamente violatoria de los artículos 268, 275 y 279 del Código de Procedimiento Civil, a causa de "error de hecho y de derecho en la apreciación y valoración del documento presentado".

El yerro fáctico que imputa al Tribunal lo hace consistir la censura en "no apreciar el documento privado contentivo del contrato de compraventa... Si se hubiera apreciado conforme el artículo 279, se tendría como documento privado auténtico y en consecuencia como plena prueba en cuanto a su contenido"; y el error de derecho, "al haber dado un valor diferente al contrato celebrado y presentado como fundamento de la acción incoada".

Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene declarado la doctrina de la Corte, con fundamento en la preceptiva legal contenida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la causal primera de casación se refiere precisa e invariablemente al quebranto de normas de derecho sustancial, o sea de aquéllas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación.

Y ha dicho también que todo cargo en casación, fundado en dicha causal, para ser procedente, debe contener una proposición jurídica completa, es decir, que tiene que 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 incidencia en el punto controvertido.

2. Tratándose de procesos en que se instaura la acción de cumplimiento de un contrato bilateral con la correspondiente indemnización de perjuicios, las normas de derecho sustancial en que debe basarse el ataque en casación a la sentencia así impugnada, tendrán que ser, pues todas las que consagran el derecho a demandar la satisfacción de las obligaciones emanadas del acto jurídico respectivo. Cuando la censura omite citar como vulnerados algunos de los preceptos legales que son atributivos del derecho subjetivo cuyo reconocimiento impetra, la acusación es incompleta y por tanto el recurso de casación está destinado al fracaso.

3. Los artículos 1849, 1850 y 1955 del Código Civil, que el recurrente cita en primer lugar como infringidos por la sentencia que él impugna, no tienen categoría de normas sustanciales puesto que se limitan a describir los contratos de compraventa y permutación. Dado pues su contenido, dichos preceptos, no pueden integrar un cargo en casación por quebranto del derecho sustancial; para que lo sean, es menester que su referencia venga acompañada de aquella o de aquellas otras normas atributivas al derecho subjetivo que se considere vulnerado con la sentencia acusada, lo que el censor no hizo.

Los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, que el recurrente cita en segundo lugar como violadas, no van más

allá de ser disposiciones reguladoras de la actividad **in procedendo** del juez cuyo desconocimiento no sirve para estructurar un cargo en casación, con fundamento en la causal 1ª.

Y los artículos 268, 275 y 279 de esta misma obra, que la censura señala finalmente como infringidos, son preceptos de esencial índole probatorio y no sustancial; por lo mismo, tampoco pueden fundar un cargo en casación, con apoyo en la causal primera.

4. Pero no es el anterior el único reparo que en el plano de la técnica de casación cabe hacerle al cargo en estudio.

Como lo ha expuesto reiteradamente la doctrina de la Corte, no se ajusta a la técnica del recurso acusar la misma prueba, que es lo que aquí hace el censor en relación con el documento contentivo del contrato ajustado, por error de hecho y de derecho simultáneamente, en el mismo cargo y respecto del mismo punto, pues resulta contradictorio que la acusación se produzca en ambos sentidos, desde luego que la impugnación por yerro de valoración legal supone necesariamente que ha sido estimada la prueba que existe materialmente en el proceso; lo que, consiguientemente, impide hablar de error de hecho, el que implica desconocer la prueba que obra en el proceso o dar por existente en él una que allí no existe.

5. Por otra parte, habiendo edificado su decisión el fallador no solo en el documento contentivo del contrato, sino además y principalmente en la prueba documental aducida por los demandados y en la confesión que el demandante hizo en su demanda, resulta deficiente el cargo con el ataque aislado que en él se hace al primero de estos medios, desde luego que en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían, por falta de impugnación, las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión hacen inevitablemente imprósperа la censura.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

V

Decisión

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 cuatro (4) de mayo de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

OBJECIONES A LA PARTICION

Subrogación real por permuta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Laura Ruiz v. de García, cónyuge sobreviviente, contra la sentencia de 8 de abril último, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso de sucesión de José Vicente García García.

Antecedentes

1. El 23 de mayo de 1908, José Vicente García García contrajo matrimonio católico con Máxima Quintero, quien falleció el 30 de octubre de 1929.

2. De ese matrimonio nacieron Ana Victoria, José Antonio, Isabel, Daniel y Bernabé.

3. José Vicente, quien contrajo segundas nupcias con Laura Ruiz el 9 de noviembre de 1960, otorgó testamento cerrado el 27 de marzo de 1963, y falleció el 23 de diciembre de 1966.

4. Las cláusulas cuarta, quinta y sexta de dicho testamento, el cual fue abierto y protocolizado en debida forma, son del siguiente tenor: "Cuarto. Declaro que los bienes que tengo fueron adquiridos a título oneroso después de mis segundas nupcias con la señora Laura Ruiz Labastida de García, y, por tanto, pertenecen a la sociedad conyugal existente con dicha señora. Quinto. La mitad de mis bienes le corresponderán, a mi muerte, a mi actual cónyuge, la señora Laura Ruiz Labastida de García, quien tiene derecho a esa mitad a título de gananciales. Sexto. Instituyo herederos universales de mis bienes, por partes iguales, a mis seis hijos legítimos que viven, es a saber: Isabel García Quintero, Victoria García Quintero viuda de Ruiz, Bernabé García Quintero, Daniel García Quintero, José Antonio García Quintero y Alvaro García Ruiz".

5. En el proceso de sucesión de José Vicente que se adelanta en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bucaramanga, se decretó la partición de los bienes relictos, y en el trabajo respectivo, sobre la base de un activo líquido de $ 428.706.33, se le hizo a la cónyuge una adjudicación de $ 30.621.88, por concepto de porción conyugal, con fundamento en las siguientes razones:

"Si bien es cierto —dice el partidor— que en el proceso obra la memoria testamentaria a que anteriormente se ha hecho referencia, precisa advertir que los bienes del causante fueron adquiridos por permuta celebrada según los términos de la escritura pública Nº 424 de 14 de febrero de 1963 de la Notaría 2ª de Bucaramanga, aclarada por escritura Nº 2597 de 23 de septiembre de 1963 de la misma Notaría, en que el mismo José Vicente García García —con posterioridad a la fecha del citado testamento, otorgado el 27 de marzo de 1963— declara 'subrogados los inmuebles adquiridos en la permutación, por el que él entregó a cambio de éstos, para todos los efectos de los artículos 1789 y 1781 del Código Civil'. Con estas bases trató de suscitarse en el proceso sucesoral una controversia sobre si los bienes sucesorales tenían el carácter o pertenecían a la sociedad conyugal, o si, por el contrario, son propios del causante. Sin embargo, tanto el Juzgado como el H. Tribunal consideraron que sólo en la oportunidad de los inventarios sería procedente dilucidar la cuestión según la forma y el carácter con que fueron denunciados.

"El asunto, a mi modo de ver, quedó definido o despejado al denunciarse en la diligencia del inventario realizada el 13 de marzo de 1968, los bienes con el carácter de 'Bienes Propios del Causante', lo cual aparece en consonancia jurídica con lo previsto en el artículo 1789 del Código Civil, invocado por el causante en la citada escritura aclaratoria. En consecuencia, el trabajo que se me ha encomendado habrá de realizarse sobre la base del inventario, ya que lo allí manifestado al respecto no ha tenido posteriores objeciones, llegándose así a la conclusión de que la sociedad conyugal habida entre el causante y la sobreviviente carece de bienes para liquidarla. Por tanto, los bienes sometidos a esta cuenta de partición se consideran, para efecto de ella, como caudal hereditario para distribuir entre los herederos, con cuota para la cónyuge sobreviviente a título de porción conyugal porque a ella tiene derecho conforme a los Arts. 1230 y siguientes del Código Civil".

6. En escrito presentado oportunamente, la cónyuge Ruiz v. de García formuló dos objeciones al trabajo de partición, que pueden resumirse así:

Primera. La voluntad del testador, claramente expresada en las cláusulas cuarta y quinta de su memoria, fue la de que la mitad de sus bienes se le adjudicaran a su cónyuge. De consiguiente, al proceder el partidor en forma distinta, violó tanto las cláusulas mencionadas como al artículo 1127 del C. C., según el cual "prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada", para cuyo efecto "se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido".

Segunda. El partidor no ordenó reintegrar a la cónyuge los gastos hechos por ella, los cuales ascienden a la suma de $ 33.649.00. Solicita, en consecuencia, la objetante, se ordene rehacer la partición a fin de que se le adjudique la mitad de los bienes que dejó el causante, y se le reintegre el valor de los gastos.

7. Surtido el trámite incidental, el Juzgado 1º decidió en sentencia de 4 de octubre de 1971, por medio de la cual declaró no probadas las objeciones, formuladas, y consecuencialmente, aprobó el trabajo de partición.

8. Recurrida en apelación esta providencia por la objetante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga la confirmó en fallo del 8 de abril postrero, contra el cual, según se expresó, aquélla interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Son estas las razones aducidas por el Tribunal como fundamento de su decisión:

"El trabajo de partición elaborado y presentado por el partidor designado al efecto, está ajustado a las prescripciones de los artículos 1392, 1387, 1388, 1398 del C. C., y, en general, a todas las normas aplicables.

"Los bienes dejados por el causante no pertenecían a la sociedad conyugal, y por ende a la cónyuge supérstite nada le correspondía por concepto de gananciales, a pesar de que el de cujus otorgó testamento cerrado y en él dispone que 'la mitad de mis bienes le corresponderá a mi muerte, a mi actual cónyuge, la señora **Laura Ruiz Labastida de García**, quien tiene derecho a esa mitad a título de gananciales', porque los bienes del causante fueron adquiridos por permuta según consta en la escritura pública Nº 424 de 14 de febrero de 1963 de la Notaría 2ª de Bucaramanga, aclarada con posterioridad a la fecha del testamento que otorgó el 27 de marzo de 1963, como se lee en la escritura Nº 2597 de 23 de septiembre de 1963 de la citada Notaría y en la cual declara 'subrogados los inmuebles adquiridos en la permutación, por el que él entregó a cambio de éstos, para todos los efectos de los artículos 1789 y 1781 del Código Civil', y porque en la diligencia de inventario realizada el 13 de marzo de 1968 fueron denunciados con el carácter de 'Bienes propios del causante'. En estas condiciones, a la cónyuge supérstite solamente le corresponde cuota a título de porción conyugal según los Arts. 1230 y ss. del C. C.".

La demanda de casación

Un solo cargo se formula en ella contra la sentencia de segundo grado, que el censor enuncia así:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal de Bucaramanga de fecha 8 de abril de 1972

con base en la causal primera del Art. 368 del C. de P. C., ésto es, por violación de varias disposiciones civiles de carácter sustancial y a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, violaciones que se debieron unas veces a la falta de aplicación de ciertas normas jurídicas que eran relevantes al caso y también a la interpretación y aplicación indebida de otras disposiciones civiles que no tenían relación con el caso debatido y finalmente a interpretación errónea de disposiciones sustantivas que llevaron al sentenciador a darles aplicación donde no cabían y un significado legal que no correspondía a la litis".

Dos son los errores de la primera clase que se le imputan al sentenciador, a saber:

a) que no tuvo en cuenta la escritura 1022 de 11 de abril de 1967, otorgada en la Notaría 2ª de Bucaramanga, por medio de la cual se protocolizó el testamento de José Vicente García, en el cual dijo éste, expresamente, que le dejaba a su cónyuge la mitad de sus bienes; y

b) que pasó por alto el contenido de la escritura pública 424 de 14 de febrero de 1963, otorgada en la misma Notaría, mediante la cual adquirió el causante García, a título de permuta, el inmueble que en dicho instrumento se determina, y en la que no aparece ánimo de subrogar ese bien a otro, razón por la cual pertenece a la sociedad conyugal.

"De suerte —dice el recurrente— que lo primero que hizo el H. Tribunal fue dejar sin efectos un testamento mediante el procedimiento de llamar bienes propios a bienes sociales, de estimar bienes que no continuaron siendo propios como bienes propios, de hacer una subrogación que no hizo el causante y que no se podía hacer sino cumpliendo los requisitos legales indicados en el Art. 1789 del C. C. Así sobre la base de violación de los Arts. 1055, 1127, 1117 del C. C. y Art. 1618 del mismo Código y el Art. 619 del C. de P. C., se desconoció el derecho de la cónyuge sobreviviente porque estas disposiciones no fueron tenidas en cuenta a base de que se pasó por alto el contenido de la escritura pública de permuta en que no aparecía el ánimo de subrogar y el propio testamento que contenía la voluntad del testador, del titular de los bienes". Y más adelante agrega que el Tribunal violó asimismo, por falta de aplicación, el artículo 1242 del C. C., puesto que el testador podía dejarle a su cónyuge todos sus bienes a título de heredera, con la única limitación de no disponer de la legítima rigorosa de sus hijos y de la cuarta de mejoras.

Como errores de derecho cometidos por el sentenciador, la censura denuncia igualmente dos: a) "no darle valor al testamento que como instrumento público lo tiene en el proceso, con violación de los artículos 528 y 264 del C. de P. C."; y b) no darle a la escritura de permuta el valor legal correspondiente, con quebranto de esos mismos preceptos. Así lo expresa el recurrente en el siguiente paso de su demanda, en el que trata de centrar o compendiar su acusación:

"Estas violaciones se debieron a que el sentenciador no leyó el testamento, no vio en él una institución de heredera a favor de la cónyuge sobreviviente, simplemente leyó que se le había dejado la mitad de los bienes sociales y que ella no tenía derecho a esa institución de heredera porque hizo la estimativa indebida de que los bienes no eran sociales y sobre este error de hecho edificó la sentencia cometiendo a la vez el error de derecho consistente en no darle valor al testamento que como instrumento público lo tiene en el proceso, con violación de los artículos 258 y 264 del C. de P. C.; tampoco leyó el sentenciador la escritura pública de permuta en cuanto en ella no se dijo expresamente como lo manda el artículo 1789 del C. C., que era el ánimo del vendedor —causante— subrogar el bien propio por otros bienes que deberían seguir siendo bienes propios y por consiguiente violó los artículos 258 y 264 del C. de P. C., en cuanto no le dio a dicha escritura de permuta el valor legal correspondiente, y sobre estos errores de hecho y de derecho se hicieron las violaciones de la ley sustantiva que tanto he mencionado en desarrollo del cargo, especialmente del artículo 1781, Ords. 5º y 1789 del C. C., al igual que los artículos 1792 y 1797 del C. C., violaciones que como repito fueron por causa en los dos primeros artículos por interpretación errónea y aplicación indebi-

da y los demás a falta de aplicación en el caso del pleito. El Tribunal consideró con valor legal la declaración que hizo el causante en la escritura en que se pretendió aclarar la escritura de permuta, cuando por ser esta escritura posterior a la permuta no tenía relevancia jurídica alguna para estimar una subrogación que el causante no hizo cuando celebró el contrato de permuta, sobre este error de hecho cometió el error de derecho de asignarle un valor que no tenía con violación de los artículos 258 y 264 del C. de P. C. Los errores de hecho y de derecho mencionados llevaron a la violación de los citados artículos 1781 ordinal quinto y 1789 del C. C. por interpretación errónea y aplicación indebida y a la violación del artículo 1797 del C. C. por no haberse tenido en cuenta".

Expresa, a continuación, que estos errores llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 1230 del C. C., "porque los supuestos de hecho de dicha nórma no existían en el caso del pleito"; y más adelante, luego de tratar temas diversos, dice que "también se violaron los artículos 1270, 1271, 1274 del C. C. en cuanto no era el caso de ponerse a resolver sobre el contenido mismo de la institución de heredera dentro de la partición, debía estarse a la voluntad expresa del testador en cuanto se le dejaban a la cónyuge la mitad de todos los bienes y por ésto debía suspenderse la partición y acogerse la objeción respectiva".

Hasta aquí la impugnación de la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó el rechazo de la primera objeción. Y en cuanto mantuvo el de la segunda, la ataca el censor en los siguientes términos:

"El partidor además dejó de aplicar los artículos 1343 y 1393 del C. C. que ordenan al partidor hacer hijuelas de gastos para efecto de que se pague el valor correspondiente a quien los ha verificado, de lo contrario quedaría el cónyuge lesionado también con los gastos que ha realizado por una cantidad de treinta y tres mil seiscientos cuarenta y nueve pesos ($ 33.649.00) y por concepto de impuestos sucesorales, estampillas, publicaciones, etc., cuando ha debido hacer la correspondiente hijuela para pagar deudas que dejara el causante y sufragar los gastos que la misma sucesión exige, no teniendo en cuenta que el albacea podía hacerlo pero la sucesión debía pagarlos. Por este solo concepto el sentenciador violó además los artículos 1387, 1388 y 1392 del C. C., porque no consideró que existiendo un testamento para dejar de tenerlo en cuenta debía previamente decidirse sobre la calidad y efecto del valor mismo del testamento, de su eficacia por separado mediante un procedimiento ordinario. Precisamente los artículos 1387, 1388 del C. C. ordenan que previamente a la partición deben decidirse las cuestiones sobre validez del testamento, propiedad de los bienes, etc., porque nadie ha atribuido al partidor el derecho de dejar sin efecto un testamento".

Se considera

1. En multitud de sentencias, algunas de ellas proferidas con ocasión de demandas presentadas por el aquí abogado recurrente, ha tenido oportunidad la Corte de exponer los principios que informan la preceptiva técnica del recurso extraordinario, cuyo desacato hace necesariamente frustránea la acusación. Y hoy se ve precisada a reiterar algunos de ellos, frente a las deficiencias de que adolece el cargo que se estudia.

2. Constituyendo el fundamento de la causal primera de casación el quebranto "de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea"; la precisión y claridad en la formulación del cargo, requeridas por el artículo 374 del C. de P. C., exigen que el censor señale la norma o las normas de esa índole que habría infringido el sentenciador, indicando concretamente el concepto de la violación'. Son normas sustanciales las que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un precepto único sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal ha de comprender inexcusablemente todos y cada uno de ellos, pues sólo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa. "Si el recurrente no plantea tal pro-

posición —ha dicho la Corte—, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto (Decreto 528 de 1964, Art. 52, Ord. 1º, hoy C. de P. C., Art. 368, Num. 1º) que al hablar de violación de la ley sustantiva o sustancial como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto del quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en unas hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensablemente de varios. Y es precisamente tratándose de este último evento, como se precisa la necesidad de que en el recurso extraordinario la impugnación se haga sobre la base de la llamada **proposición jurídica completa...**" (Sentencia de 16 de noviembre de 1967, ordinario de Humberto Jaramillo Botero y otro contra José Manuel Toro Echeverri, aún no publicada).

3. Viólase la ley sustancial por infracción directa cuando se le deja de aplicar al caso litigado, debiendo haberlo sido; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se le emplea sin ser pertinente al asunto que se controvierte; y por interpretación errónea, cuando siendo la adecuada se la entendió equivocadamente y así se le aplicó. Dada la distinta naturaleza de estos tres aspectos de violación de la ley, resulta inadmisible, por contradictorio, el cargo que le impute al sentenciador quebranto de una norma por dos de tales aspectos, simultáneamente, pues mal puede haberse aplicado y dejado de aplicar al propio tiempo un mismo precepto, o interpretado equivocadamente una norma que no fue aplicada, o aplicada indebidamente una disposición que aunque no fue rectamente entendida sí regula el caso litigado.

4. El quebranto de la ley sustancial puede producirse en forma directa, cuando el error jurídico no obedece a yerros cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio; o en forma indirecta, cuando se incurrió en él a causa de errores de hecho o de derecho del Tribunal en la apreciación de determinadas pruebas. Siendo de advertir que la infracción de la ley en su especie de la interpretación errónea puede producirse por la vía indirecta, ya que ésta no se debe a desaciertos del juzgador en el campo de las pruebas sino en el del entendimiento de la ley.

5. El error de hecho en la apreciación de un medio probatorio ocurre cuando el sentenciador no vio el que obra en el proceso o supuso el que no existe en él, hipótesis que comprenden la desfiguración de la prueba, por habérsele agregado algo que le es extraño o por habérsele cercenado su real contenido. Requiérese, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquél por causa del error sea contraevidente, vale decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el yerro cometido incida en la decisión, pues de lo contrario carecería de relevancia. El error de derecho, en cambio, tiene lugar cuando no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba, en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al ponderar su eficacia probatoria, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede, o bien negándoles el que ella les da. Resulta, entonces, imperioso para el censor señalar el precepto de disciplina probatoria que habría sido infringido por aquél, pues de lo contrario carecería la Corte de uno de los extremos de comparación indispensables para determinar la existencia del error, y precisar su incidencia en el fallo recurrido.

6. Dada la distinta naturaleza de tales errores, no es dable acusar en un mismo cargo la sentencia de segundo grado por error de hecho y de derecho en la apreciación de un mismo medio de prueba y respecto de un mismo punto, pues aquéllas se excluyen entre sí: si el sentenciador erró en cuanto a la fuerza demostrativa de un determinado medio de prueba, mal pudo incurrir en error de hecho consistente en haberlo preterido; y si incidió en el último por suposición del medio o por no haber visto el que obraba en el proceso, mal pudo incurrir en yerro de valoración.

7. El cargo que se examina viola la preceptiva que se dejó expuesta, y, en consecuencia, se impone su rechazo.

En efecto:

a) Se le imputa en él al Tribunal la comisión de errores de hecho y de derecho en

relación con unos mismos medios probatorios, a saber: el testamento de José Vicente García y el contrato de permuta de que da cuenta la escritura 424 de 14 de febrero de 1966, otorgada en la Notaría 2ª de Bucaramanga. Tamaño desacierto en la formulación de la censura, que la hace necesariamente ineficaz, surge de bulto en el siguiente paso de la misma: "estas violaciones se debieron a que el sentenciador no leyó el testamento, no vio en él una institución de heredera a favor de la cónyuge sobreviviente, simplemente leyó que se le había dejado la mitad de los bienes sociales y que ella no tenía derecho a esa institución de heredera porque hizo la estimativa indebida de que los bienes no eran sociales y **sobre este error de hecho edificó la sentencia cometiendo a la vez el error de derecho consistente en no darle valor al testamento que como instrumento público lo tiene en el proceso, con violación de los artículos** 258 y 264 del C. de P. C.; tampoco leyó el sentenciador la escritura pública de permuta en cuanto en ella no se dijo expresamente cómo lo manda el artículo 1789 del C. C., que era el ánimo del vendedor —causante— subrogar el bien propio por otros bienes que deberían seguir siendo bienes propios y **por consiguiente violó los artículos 258 y 264 del C. de P. C. en cuanto no le dio a dicha escritura de permuta el valor legal correspondiente**, y sobre estos errores de hecho y de derecho se hicieron las violaciones de la ley sustantiva que tanto he mencionado en desarrollo del cargo". (Se subraya).

b) Denuncia interpretación errónea de los artículos 1781 y 1789 del Código Civil, a causa de los citados errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el sentenciador, siendo así que, como se dejó dicho, esa especie de violación de las normas sustanciales sólo es pertinente alegarla por vía directa. Y

c) Al atacar la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó el rechazo del a-quo a la segunda de las objeciones formuladas a la partición, señala el censor como violados los artículos 1343, 1393, 1387, 1388 y 1392 del C. C. De estos preceptos, el primero impone al albacea la obligación de exigir que en la partición de bienes se forme un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas; el segundo ordena al partidor formar esa hijuela, so pena de hacerse responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores; los dos siguientes establecen que antes de procederse a la partición es menester decidir las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, y sobre propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible; y el último estatuye que el valor de la tasación por peritos será la base sobre la cual ha de proceder el partidor para la adjudicación de las especies, salvo que los consignatarios hayan legítima y unánimemente convenido otra, o en que se liciten las especies, en los casos previstos en la ley. Mas como en ninguna de esas disposiciones, como fácilmente puede apreciarse, se consagra el derecho que pretende tener la cónyuge a que se incluya en la hijuela de deudas el valor de los gastos hechos por ella en el proceso y el de los abonos a los impuestos sucesorales, resultaba imperioso para el impugnante señalar como violados, por falta de aplicación, los preceptos que consagran ese derecho, lo que no hizo. Significa lo dicho que las normas cuya infracción alega el censor como fundamento de su ataque, no estructuran la indispensable proposición jurídica completa, y, por ende, que la omisión en que incurrió al no señalar como quebrantadas las normas que tutelan el derecho que la cónyuge considera le fue desconocido por el Tribunal, hace también frustránea la acusación.

8. Cabe sí notar, desde un punto de vista doctrinario, el desacierto en que incurrió el Tribunal al admitir que mediante escritura posterior a la de permuta de un bien raíz de uno de los cónyuges pudiera expresarse eficazmente el ánimo de subrogar, para los efectos del artículo 1789 del C. C., cuando tal norma exige terminantemente que esa declaración se haga en la propia escritura de permuta.

"Según la reglamentación legal de nuestro Código —ha dicho la Corte—, en la subrogación real por permuta es indispensable que el ánimo de subrogar se exprese en la

misma escritura; no podría, por tanto, manifestarse en una escritura posterior, ni deducirse de antecedentes, por explícitos que fuesen. El texto del artículo 1789 del C. C. es claro en el particular y no admite que se le dé una interpretación distinta, por que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, según las voces del artículo 27 del mismo estatuto". (Sentencia de 19 de octubre de 1967, aún no publicada).

Rectifícase así el referido concepto del sentenciador de segundo grado.

Fallo

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 ocho (8) de abril último, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Sin costas el recurso por la rectificación doctrinaria a que hubo lugar.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.



FILIACION NATURAL

Acción de revisión y recurso extraordinario de revisión. — Pruebas del estado civil según el nuevo estatuto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 24 de marzo de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Arturo Espinosa Acosta frente a John Jairo Atehortúa y otros.

I. Antecedentes

1. La Defensora de Menores de Medellín, en juicio de investigación de la paternidad promovido ante el Juez Primero Civil de Menores del mismo lugar, demandó a Arturo Espinosa para que se le declarase progenitor de los menores John Jairo, Luis Arturo y Rubén Darío, hijos naturales de Carmen Rosa Atehortúa. En sentencia calendada el 22 de noviembre de 1969, el dicho Juzgado declaró la paternidad pedida, fundándose en que había sido probada la existencia de relaciones sexuales entre la madre natural y el demandado durante la época en que, de derecho, se presume ocurrida la concepción de cada uno de los apuntados hijos, y por cuanto no se demostró que, en esa misma época, la madre natural hubiese tenido relaciones de la misma índole con otro u otros hombres.

2. Insatisfecho con esta decisión, Arturo Espinosa Acosta ejercitó la acción de revisión de la sentencia, promoviendo el correspondiente juicio ordinario para que se declarase que aquélla carece de valor y que, por tanto, el demandante no es el padre natural de los menores Atehortúa.

La demanda, que fue repartida al Juzgado 6º del Circuito Civil de Medellín, fundóse en los siguientes hechos, que se compendian:

Que el presunto padre, tanto cuando fue citado ante el Juez de Menores para que respondiera de la paternidad que se le imputa, como cuando contestó la demanda propuesta por la Defensora de Menores, negó haber engendrado a los menores Atehortúa; que de los testimonios en que se apoyó la sentencia del Juez de Menores, el de Clarisa Cuartas viuda de Uribe carece de valor probatorio, desde luego que es interesado; el de José Mariano Vásquez, porque no expresa lo que el sentenciador vio en él; el de Ernesto Antonio Llano, por no haber sido pedido como prueba en la oportunidad legal y por cuanto manifiesta que no puede afirmar que los dichos menores sean hijos de Espinosa Acosta; el de Carmen Tulia Llano porque tampoco fue solicitado como prueba por ninguna de las partes, por tener interés en el asunto, y por no constarle ninguno de los hechos que demuestran la paternidad natural; que el Juez de Menores no tuvo en cuenta lo declarado por Gabriel Montoya y Abelardo Usuga sobre la pésima conducta moral observada por Carmen Rosa Atehortúa desde 1962; que, en síntesis, con las pruebas que obran en ese proceso, "no hay lugar a presumir la paternidad natural para declararla judicialmente en contra de Arturo Espinosa Acosta en los términos establecidos en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968".

3. Con oposición tanto del curador ad-litem que se designó a los menores, como de la madre de éstos, se rituó la primera instancia que culminó con fallo denegatorio de las pretensiones del demandante. Como éste apelara del mismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó en sentencia de 24 de marzo de 1972, que es ahora la sujeta materia del recurso de casación que contra ella interpuso la misma parte apelante.

III. Fundamentos del fallo de segunda instancia

Acogiendo en el punto lo que sostiene el apoderado del demandante, el Tribunal expresa que fue acertado aducir copia íntegra del expediente formado ante el Juez de Menores, "pues en estos procesos de revisión obviamente se consideran los fundamentos sobre los cuales descansa el fallo objeto de aquélla'.

Luego de analizar separadamente la prueba que fuera practicada por el Juzgado de Menores y la aducida en la primera instancia del proceso ordinario, afirma el ad-quem que "están probadas las relaciones sexuales cumplidas entre Espinosa y la Atehortúa y que de ellas nacieron los tres menores Luis Arturo, Rubén Darío y John Jairo, conclusión a la que llega", apoyado en los tres puntos siguientes:

"I. Posición del pretenso padre

"Dos situaciones demostradoramente desfavorables muestra el expediente, a saber:

"1º La reticencia mental que deja al menos sin negación responsiva cuando ante la concreta pregunta de 'si no es o cree ser el padre natural de tales menores', echa por otro giro negativo y dice algo bien distinto como es lo de que 'no los reconozco como a mis hijos naturales' (Fl. 2, Cdno. Ppal.).

"2º La confesión hecha luego de acceso carnal de Espinosa con la madre natural entre '1953 o 1954' y 1960, que según las fechas de las partidas del término del Art. 92 del C. Civil, es decir 180 días después de iniciadas o 360 después (sic) de haber cesado.

"Verdad es que con posterioridad a esta confesión, Espinosa se propuso entreverar sus relaciones con las de otros hombres, mas ello no se demostró en las condiciones legales como a su tiempo se verá".

"II. Declaraciones de testigos y legislación"

Bajo este título afirma el ad-quem que por las 7 razones que allí da, ofrecen indicios que llevan a tener como acreditadas, en los términos del artículo 6º, Ord. 4º de la Ley 75 de 1968, las relaciones sexuales "conforme a las circunstancias en que tuvieron cumplimiento, antecedentes, naturaleza, intimidad y continuidad de las mismas".

"III. La exceptio plurium constupratorum o concubentium

En este paso la sentencia asevera que no existe prueba de que la madre de los menores Atehortúa, por la época de la concepción de los mismos, hubiera tenido relaciones sexuales con otro u otros hombres, ya que el testigo que afirma haber tenido acceso carnal con ella sitúa la ocurrencia de tal hecho en el año de 1950, "al paso que las relaciones que interesan en este caso datan de 1953"; que aunque Víctor Salazar afirma que, en el año de 1954, vio a la Atehortúa entrar con un tal Filipo a la Pensión Elba, tal suceso no es demostrativo de relaciones sexuales, pues "esta aseveración no resiste la más mínima crítica"; que lo depuesto por Antonio Tamayo Roldán tampoco da pie para afirmar que la Atehortúa, durante la época en que se presume la concepción de sus hijos, hubiera tenido relaciones sexuales con persona distinta a Arturo Espinosa Acosta.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

De los cargos que formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, la Corte sólo estudiará el primero por encontrarlo fundado.

En él denúnciase la comisión de error de derecho en la apreciación de las partidas eclesiásticas de nacimiento, con violación

de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, 105 del Decreto 2150 de 1970 y 9 del 2158 del mismo año, yerro que condujo al Tribunal a quebrantar, por aplicación indebida, el artículo 92 del C. Civil y el 6º, numeral 4, de la Ley 75 de 1968.

Expresa el impugnante que la acción de revisión de sentencia proferida por los Juzgados de Menores en juicio de investigación de la paternidad, que se adelanta por la vía ordinaria, tiene su amparo legal en el artículo 18 de la Ley 75 de 1968; que la sentencia dictada en el juicio especial "no hace tránsito a cosa juzgada en sentido material sino cuando se ha dejado correr el término en que dicha acción debe ser ejercitada, sin haberse hecho uso de ésta, o cuando habiéndose ejercitado en oportunidad, lo fue sin éxito'; que "en el proceso de revisión la cuestión que se debate es, en toda su integridad, es decir, tanto por su aspecto de hecho como de derecho, sustancialmente la misma que fue materia de la sentencia a cuyo reexamen se encamina la acción de revisión"; que, aunque en el proceso de revisión se pueden plantear aspectos nuevos relativos a la misma cuestión, como reforzar la prueba aducida antes por ambas partes, "el punto de partida es siempre la controversia tal como quedó planteada en el proceso inicial", pero sin que el juez que conoce de la acción de revisión quede atado por los conceptos que, en punto de derecho sustancial o de apreciación del material probatorio, haya estampado el Juez de Menores.

A continuación manifiesta que invocada la causal cuarta de investigación de la paternidad natural, consagrada en el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 que subrogó el 4º de la 45 de 1936, el demandante queda obligado siempre a demostrar su filiación materna, "porque se trata de un punto de hecho cuyo establecimiento es ineludible para poder acreditar cabalmente la hipótesis fáctica a la cual, según el numeral citado, le atribuye la ley el efecto de configurar presunción de paternidad natural judicialmente declarable". Agrega que el texto legal determina que las relaciones sexuales hayan ocurrido entre el demandado y "la madre natural" del demandante en la época de la concepción, por lo cual es supuesto de hecho de tal precepto la demostración de la maternidad y la fecha del nacimiento sin la cual no se puede determinar la época de la concepción, como lo ha sostenido la Corte (G. J., 2324, Pág. 48 y G. J., LXXVIII, Pág. 297).

Sostiene luego que el hecho básico inicial de todos los que inciden en el estado civil de una persona, es el nacimiento, y que por cuanto se refleja en la organización de la familia y de la sociedad, lo atinente al estado civil cae en la esfera del orden público. Por ello —dice—, la prueba del estado civil "ha estado restringida a ciertos y determinados medios probatorios, habiendo permanecido tal criterio restrictivo a lo largo de las reformas que la legislación ha sufrido al respecto", como se consagró en los artículos 347, 348 y 395 del C. Civil y 1º, 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 y como se estatuye hoy en los Decretos 1260 y 2158 de 1970 que, respectivamente, están vigentes desde el 5 de agosto y el 19 de noviembre del mismo año. Que por disposición del artículo 105 del decreto primeramente nombrado, adicionado por el 9 del segundo, un estado civil constituido con posterioridad al 15 de junio de 1938, se prueba con la copia de la correspondiente partida o folio, o con un certificado expedido con base en éstos, y que, en faltando dichos partida o folio, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de la falta, debe proceder como se indica en el artículo 9º apuntado, es decir, hará la inscripción correspondiente, abriendo el respectivo folio. Que, frente a lo que preceptuaba la dicha Ley 92, la prueba principal del estado civil era la copia de la partida respectiva de origen notarial y que, sólo demostrando la falta de ésta, podía utilizarse como prueba supletoria la de origen eclesiástico; que hoy, vigentes los decretos antes mencionados, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938 (junio 15 del mismo año), únicamente pueden acreditarse con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados competentes expedidos con base en ellos; que un documento distinto no tiene actualmente, virtud para demostrar el estado civil.

Partiendo de las anteriores premisas doctrinarias, el recurrente afirma que, por cuanto al iniciarse el proceso adelantado ante el juez de menores, estaba vigente la Ley 92 de 1938, el estado civil de los menores Atehortúa sólo podía válidamente demostrarse con la copia del acta notarial respectiva; que la de origen eclesiástico no tenía tal poder, sino en el caso de que se demostrara faltar la notarial, evento en el cual tenía valor de prueba supletoria, como lo sostuvo la jurisprudencia. (G. J., LXXXI, 419; LXXVIII, 869 y LXXVII, 41). Que el Juez Primero Civil de Menores de Medellín "rebasó las limitaciones probatorias que le señalaban los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938", por lo cual violó estas normas, ya que sin haberse aducido prueba de la falta de las actas de origen civil, le dio valor a las actas de nacimiento de origen eclesiástico, únicas aportadas. Que el Tribunal Superior de Medellín dio a esas mismas actas de procedencia parroquial, valor de plena prueba del nacimiento de los menores Atehortúa, siendo que cuando se ejercitó la acción de revisión ya estaban vigentes los Decretos 1260 y 2158 de 1970, que no les reconocen ni siquiera la calidad de pruebas supletorias del estado civil. Que cuando se inició este proceso ordinario, "la solución del problema dejó de consistir simplemente en traer a los autos la prueba directa de un hecho negativo, como es el de la ausencia de la prueba notarial del nacimiento de los menores, con lo cual, bajo el sistema anterior, habría adquirido pleno valor de prueba de origen eclesiástico obrante en los autos". Que "esa solución es ya hoy obsoleta", y que, "actualmente, no habría otra cosa por hacer distinta a adelantar el procesamiento conducente a la apertura de un folio, es decir, a la elaboración de un documento público, lo cual no podría ser ordenado por la Corte haciendo uso de facultades oficiosas en materia de prueba, puesto que no se remite a duda alguna que facultades de esa clase no pueden confundirse con la creación o formación de documentos exigidos ad probationem, como son los relativos a la prueba del estado civil conforme a la legislación vigente hoy al respecto".

De lo expuesto concluye el censor que el Tribunal, con fundamento en meras copias de las actas parroquiales, no podía dar por probado el hecho del nacimiento de los menores Atehortúa, ni su filiación natural respecto a Carmen Rosa del mismo apellido, "conducta que conlleva error de derecho que referido a la época en que se tramitó el proceso ante el Juzgado de Menores, se manifestaría en violación de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938; y referido a la época en que se inició y adelantó el presente juicio ordinario de revisión, o sea a la que se inició con la vigencia del Decreto-ley 1260 de 1970, constituye desacato de lo preceptuado por el artículo 105 de ese mismo decreto y del artículo 9º del Decreto-ley 2158, complementario de aquél", error que lo condujo a la aplicación indebida del Art. 92 del C. Civil y del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968".

La Corte considera

1. Aunque tienen similitud, es evidente que no son una misma cosa el recurso extraordinario de revisión que consagraba el artículo 542 del C. Judicial, y que hoy erige el 379 del C. de P. Civil, y la acción de revisión que el artículo 18 de la Ley 75 de 1968 estableció contra las sentencias de Juzgados de Menores que declaren o nieguen la paternidad natural.

Aseméjanse en que en uno y otro caso existe caducidad del derecho, pues el recurso debe interponerse, en veces, dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia, según lo dispone el artículo 381 del C. de P. Civil, y la acción debe promoverse, por parte del demandado, dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo, como lo estatuye el citado artículo 18. Parécense también en que tanto recurso como acción caben hoy frente a sentencias dictadas por los Jueces de Menores.

Diferéncianse, empero, en que el recurso extraordinario de revisión de sentencias proferidas por uno de estos jueces, sólo puede formularse ante el Tribunal Superior correspondiente (numeral 2 del artículo 26 del C. de P. Civil), en tanto que la acción de revisión de las mismas, sólo puede intentarse ante el Juez del Circuito Civil res-

pectivo (Art. 18 precitado); el recurso únicamente puede fundarse en causales previamente relacionadas en la Ley (Art. 380 del C. de P. C.), la acción, en cambio, no está limitada por causales taxativas; la demanda, tratándose del recurso extraordinario, debe llenar las formalidades precisas que señala el artículo 382 del C. de P. C., en tanto que aquélla en que se ejercita la acción de revisión debe llenar sólo las propias de toda demanda en proceso ordinario (Art. 75 ibídem); el trámite de éste se sigue en la acción de revisión y, en cambio, en el recurso extraordinario se sigue un rito que resulta especial, como surge del artículo 383 ibídem; en el recurso de revisión, el demandante, antes de que se admita el libelo introductorio, inexcusablemente debe prestar caución para garantizar los perjuicios que pueda causar a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, las costas y las multas, lo cual no se requiere cuando se adelanta la acción de revisión; la sentencia del Juez de Menores que declara la paternidad natural produce todos los efectos propios de un fallo, los que no pueden suspenderse mientras aquélla "no sea infirmada en el juicio de revisión" que debe adelantarse ante el juez civil, y, por el contrario, en el recurso extraordinario es posible decretar la suspensión de los efectos pendientes de la sentencia recurrida (Art. 385 ibídem).

2. Conviene precisar, sin embargo, que estando en vigor la Ley 75 de 1968 y antes de la vigencia de los Decretos extraordinarios números 1400 y 2019 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), contra la sentencia de Juez de Menores que declaraba o negaba ya la paternidad, ora la maternidad, sólo era procedente la acción de revisión que debía proponerse ante el Juez Civil del Circuito respectivo, y no cabía contra la misma el recurso extraordinario de revisión, pues de éste estaban excluídas las sentencias proferidas por jueces de menores; hoy, en cambio, ese fallo puede ser atacado intentando contra él la dicha acción de revisión consagrada en el artículo 18 de la Ley 75 y también, interponiendo contra el mismo el recurso extraordinario de revisión ante el correspondiente Tribunal Superior de Distrito Judicial (artículo 26 y 379 del C. de P. Civil).

3. La acción de revisión, como ya lo dijo la Corte, constituye un medio o posibilidad de ventilar en juicio ordinario el mismo asunto que ha sido tramitado y resuelto por una vía especial (G. J., CXXXI, 194), "para buscar una resolución distinta, aduciendo toda clase de pruebas conducentes al fin perseguido" (G. J., LIX, 339). Por tanto, no consiste en someter a la decisión de otro juez, y ya por la vía ordinaria, exactamente el mismo material probatorio que tuvo ante sus ojos el de menores y precisamente los mismos puntos que ante él se debatieron. La acción de revisión a que refiérese el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, si bien tiene como tema fundamental de decisión el fenómeno jurídico de la filiación natural, permite discutirla en toda su dimensión y no simplemente sujeta a los mismos y precisos extremos que habían sido planteados ante el juez de menores. Tal ha sido la tesis pregonada últimamente por la doctrina jurisprudencial de la Corte, como aparece en las sentencias de 26 de octubre y 20 de noviembre del año en curso, en las que se dijo que el juez civil que conoce de la acción de revisión, puede valorar nuevas pruebas y decidir sobre nuevos puntos, aunque ni unas ni otros hubieran sido previamente aducidas o alegados ante el juez de menores.

4. Dejando el tema tratado y pasando a otro, es necesario observar que en el sistema original del Código Civil, como lo disponía su artículo 347, la prueba principal del estado civil de una persona eran las actas civiles del respectivo estado, las que debían asentarse en los libros de registro del mismo. En faltando dichas actas, tenían la calidad de pruebas supletorias, solamente otros documentos auténticos y declaraciones de testigos que hubieran presenciado los hechos constitutivos del respectivo estado; y, sólo en defecto de estas pruebas, el estado civil podía demostrarse con la posesión notoria del mismo, según lo imperaba el artículo 395 de aquel ordenamiento civil.

5. Luego, por disposición del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, se concedió asimismo valor de prueba principal del estado civil, respecto de nacimientos, o matrimonios, o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia

Católica, a las certificaciones que, con las formalidades legales, expidieran los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Esta disposición, en lo atinente a la prueba de matrimonios celebrados con anterioridad a su vigencia, fue aclarada por la Ley 153 de 1887, en su artículo 79, al disponer que de los matrimonios católicos "celebrados en cualquier tiempo", serían pruebas principales las actas de origen eclesiástico.

6. Después, cuando entró a regir la Ley 92 de 1938, se volvió a un sistema semejante al que originalmente había establecido el Código Civil, al estatuirse en su artículo 18 que, respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se realizaran con posterioridad a la vigencia de dicha ley, "sólo tendrían el carácter de pruebas principales" del respectivo estado, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por el funcionario competente. En el artículo 19 se preceptuó que la falta de los antedichos documentos del estado civil podía suplirse, en caso necesario, "por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, por declaraciones de testigos que hubieran presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado..."

7. Pero a partir de la vigencia del Estatuto del registro del estado civil de las personas (Decreto extraordinario 1260 de 27 de julio de 1970), no sólo por haber reglamentado íntegramente la materia, sino también por haberlo dispuesto expresamente, quedaron derogados los artículos 346 a 395 del C. Civil, la Ley 92 de 1938, los Decretos 1003 de 1939, 160 y 1135 de 1940, los artículos 1º a 13 del Decreto 398 de 1968, y "las demás disposiciones relacionadas con el registro del estado civil de las personas, que resulten contrarias a este ordenamiento".

El nuevo estatuto, en tratándose de pruebas del estado civil, no contempla las supletorias que la legislación anterior había consagrado en sus distintas etapas, y establece perentoriamente que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

Si estos documentos no existen, ya porque se perdieron o destruyeron, ora porque no se asentaron, ya no es posible, en los casos contemplados en el nuevo ordenamiento, proceder a demostrar el estado civil con las antiguas pruebas supletorias, salvo el estado de casados de quienes contrajeron matrimonio católico, como luego se explicará.

Hoy en día, si ocurre la pérdida o destrucción de los instrumentos que sirven para demostrar el estado civil de las personas constituido después de regir la Ley 92 apuntada, es necesario proceder a reconstruir las actas o los folios correspondientes, o a elaborar un nuevo folio practicando otra inscripción; y si el acta o el folio no existen porque nunca fueron asentados, menester es, comprobada esa falta, que el funcionario competente del estado civil proceda a la inscripción del caso, abriendo los folios con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos del estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil.

Síguese de lo dicho que en los casos indicados y con la excepción apuntada, ya no es posible demostrar el estado civil, como antes se permitía, con copia de las respectivas partidas de origen eclesiástico, con otros documentos o con la posesión notoria del mismo. Estos medios probatorios, empero, sirven para que el funcionario competente, en los casos de ley, proceda a elaborar la inscripción respectiva, abriendo el folio con base en ellos.

Las anteriores situaciones están contempladas en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, cuyo texto, con la modificación que le introdujo al inciso tercero el artículo 9º del Decreto 2158 del mismo año, quedó así:

"Los hechos y actos relacionados con el

estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

"En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100.

"Y en caso de falta de dichas partidas o de los folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquélla, procederá a las inscripciones que correspondan, abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copia de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos del estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil".

Los medios de demostración que antes constituían la prueba supletoria del estado civil, hoy sólo pueden ser utilizados, en los términos de la norma antes transcrita, para que el funcionario competente, previa comprobación sumaria de la falta de la partida del estado civil o del folio respectivo, proceda a hacer la inscripción, abriendo el folio pertinente.

Con todo, por ser norma consagrada en un tratado público, que por su abolengo superior no puede ser modificada unilateralmente, hoy en día, a pesar de la vigencia del Decreto-ley 1260 de 1970 y de lo expresamente dicho en su artículo 123 sobre derogatoria de normas contrarias, el estado civil de casados de quienes han celebrado matrimonio católico, faltando la prueba principal, puede demostrarse válidamente con la copia del acta del matrimonio expedida por el cura párroco respectivo, pues el artículo 18 del Concordato con la Santa Sede, aprobado por medio de la Ley 35 de 1888 y que aún está vigente, dispuso: "Respecto de matrimonios celebrados en cualquier tiempo de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento y que deban surtir efectos civiles, se admiten de preferencia como pruebas supletorias las de origen eclesiástico".

8. Se advierte que en la especie de esta litis, para dar por demostrado el estado civil de hijos naturales de los menores demandados respecto de Carmen Rosa Atehortúa y por acreditadas las respectivas fechas de sus nacimientos y las épocas antecedentes de su concepción, el Tribunal, sin que estuviera demostrada la falta, pérdida o destrucción de las pruebas principales, se basó únicamente en las partidas de nacimiento que obran a Fl. 1 y vto. del cuaderno principal, las cuales son todas de origen eclesiástico. Ningún otro documento sirvió al **ad-quem** para dar por demostrados los hechos antes precisados.

Tiénese, entonces, que el fallador de segundo grado incurrió en error de derecho, pues concedió valor de prueba plena del estado civil a partidas de nacimiento que, por ser de origen eclesiástico, no servían durante la vigencia de la Ley 92 de 1938, ni sirven ahora para demostrar, como pruebas principales, el estado civil a que aluden.

Si no existe, pues, prueba idónea de que los menores demandados sean hijos naturales de Carmen Rosa Atehortúa; si, además, no está probada, consecuencialmente, la fecha de sus nacimientos, necesario es concluir que no hay base, plenamente probada, para determinar cuál fue la época en que cada uno de ellos fue concebido.

De lo anterior se sigue inexorablemente que, aún en el caso de que estuviera probado que entre Arturo Espinosa Acosta y la Atehortúa existieron relaciones sexuales, por no estar establecida la época de concepción de los demandados no podría por ahora, declararse la paternidad natural de aquél.

Por lo dicho, será necesario casar la sentencia recurrida.

La Corte, empero, antes de proferir la de reemplazo, en ejercicio de la facultad que tiene de decretar pruebas, como lo preceptúa, en su inciso tercero, el artículo 375 del C. de Procedimiento Civil, dispondrá que se libren sendos despachos a los notarios de Medellín para que, a costa de los interesados y para los efectos del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, expidan copia del acta de nacimiento o del folio respectivo de cada uno de los demandados John Jairo, Luis Arturo y Rubén Darío Atehortúa, nacidos en esa aciudad, respectivamente, el 6 de diciembre de 1957, el 24 de septiembre

de 1953 y el 24 de septiembre de 1954, quienes se dicen hijos de Carmen Rosa Atehortúa, hija de Clemente Atehortúa y María Zapata, con inserción de la copia de las partidas de nacimiento de origen eclesiástico correspondientes, que obran al folio 1º y vuelto del cuaderno principal.

Como en el estado actual de nuestro derecho procesal no se persigue una verdad simplemente formal, sino que la dirección de ese ordenamiento, en general, tiende a lograr la realización de una verdad histórica, resulta claro el poder de la Corte para ordenar lo anterior.

IV. Resolución

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 de 24 de marzo de 1972, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Arturo Espinosa Acosta frente a John Jairo Atehortúa y otros, y actuando como juzgador de instancia,

Resuelve

Con término de veinte (20) días, líbrense sendos despachos a los notarios del Circuito de Medellín, para que, a costa de los interesados y para los efectos del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, expidan copia del acta de nacimiento o del folio respectivo de cada uno de los demandados Luis Arturo, Rubén Darío y John Jairo Atehortúa, nacidos en esa ciudad respectivamente, el veinticuatro de septiembre de 1953, el 24 de septiembre de 1954 y el 6 de diciembre de 1957, quienes se dicen hijos de Carmen Rosa Atehortúa, hija de Clemente Atehortúa y María Zapata, con inserción de la copia de las partidas de nacimiento de origen eclesiástico correspondiente, que obran al Fl. 1º y vuelto del cuaderno principal.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

Sala de Casación Penal



VIOLENCIA CARNAL

Valor probatorio del testimonio de la ofendida. — Diferentes clases de reacciones del sujeto pasivo del delito cuando se encuentra en estado de conmoción psíquica. — En la crítica del testimonio deben hacerse apreciaciones tanto de carácter físico como psicológico del testigo, referidas al momento de la captación del hecho y al de la declaración, elementos de juicio en cuya apreciación el Juez tiene una gran amplitud. — Para que una sentencia sea casable, con base en la apreciación errónea de la prueba, no basta cualquier error, sino uno de tal magnitud que pueda calificarse de manifiesto, ésto es, de aberrante, por ser tal la disparidad entre el intelecto y la verdad, que no pueda dejar de notarse aun con los más simples razonamientos. — Los criterios para establecer la validez de una prueba, son los que la ley señala en el momento en que ella se produce y no los que fija una norma posterior (inspección ocular). — Violencia carnal agravada. (Art. 317 del C. P.). — Dosificación de la pena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio cinco de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 17 de noviembre del año pasado, revocó la que dictara el 3 de agosto del mismo año el Juzgado 20 Penal del Circuito y en que absolvió a Francisco de Paula Montoya Cadavid por el delito de violencia Carnal en la menor Nancy Patricia Rodríguez Palacios, hecho ocurrido en esta ciudad el 31 de enero del año pasado y en su lugar lo condena, por dicho delito, a la sanción principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, a las accesorias correspondientes y a pagar los perjuicios causados con la infracción.

Contra tal sentencia recurrió en casación el apoderado del procesado, recurso que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala, que también manifestó ser ajustada a derecho la demanda que, por apoderado especial, se presentara.

Por lo cual y agotado el trámite del recurso, se procede a decidirlo.

Hechos y actuación procesal

En la tarde del domingo 31 de enero del año pasado, jugaban cerca de sus casas, en la calle 121 con carrera 56, barrio Niza de esta ciudad, varios niños, entre ellos la menor Nancy Patricia Rodríguez y los hijos de Francisco de Paula Montoya Cadavid, cuyas casas están contiguas en dicho sector.

En determinado momento, ya en las horas de la tarde, Nancy Patricia resolvió rifar su "yo yo" entre sus amiguitos y como se lo hubiera ganado uno de los hijos de Montoya, el pequeño fue a mostrarle el juguete

a su padre quien puso en duda la legitimidad de la adquisición del mismo por lo cual el niño fue a traer a la dueña, Nancy Patricia, para que confirmara su dicho.

Fue así como ésta penetró en la casa de Montoya y, según dijo ella, una vez que hubo hablado con él, sin subir al segundo piso de la casa, pues encontró al dueño de la misma en la puerta principal, aquél la invitó a que viera unos juguetes que había traído para sus hijos en el último viaje, a lo cual ella accedió, habiendo penetrado hasta el cuarto de servicio en donde se sentó en la cama mientras Montoya le iba a mostrar los juguetes, pero éste, en vez de hacer tal cosa, luego de enviar a uno de sus hijos a que le dijera a otro que fuera a comprarle unos cigarrillos, sujetó a la menor poniéndole los brazos por detrás del cuerpo de ella, la empujó contra la cama y después de bajarle los pantalones a la niña y la cremallera o cierre de los suyos, la accedió carnalmente y luego de tres minutos (o cinco) se levantó, momento que ella aprovechó para encerrarse en el baño pero como la cerradura del mismo estuviera dañada, puso su pie contra la puerta para que no la abriera el procesado quien entonces le pasó, por debajo, papel higiénico para que se limpiara y con el mismo elemento se puso a limpiar la sangre que había en el suelo, lo que ella aprovechó para salir del baño y de la casa e irse a la suya donde narró a su madre lo ocurrido, ella envió en busca del padre quien estaba en un cine y luego, con ayuda de un vecino condujeron a la menor a la Comisaría del barrio de Las Ferias, donde pusieron la denuncia. Esa oficina ordenó hacer a la menor un examen que fue practicado el mismo día por el médico al servicio de la Comisaría el cual expresó:

"Presenta: desgarradura del himen hacia el lado derecho de la parte superior con colgajo más o menos hacia las once. Hay edema de pared vaginal y bordes himeneales. Diez (10) días de incapacidad. Se envía a los legistas. Por su aspecto físico y somático revela una edad aproximada de doce (12) años" (Fl. 2 vto.).

Al día siguiente, o sea el 1º de febrero del año pasado, se le practicó a Nancy Patricia, nuevo examen, esta vez por los Médicos Legistas, quienes dijeron:

"Nancy P. Rodríguez. Examinada hoy presenta el himen desgarrado hacia el meridiano de las seis (6), con los colgajos tumefactos y aún sangrantes lo cual indica que fue desflorada y que la desfloración es reciente. No hay huella externa de violencia ni signos de embarazo. Por su aspecto, actitud y demás signos somáticos, revela doce (12) años de edad" (Fl. 5).

Por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bogotá, se inició la investigación, una de cuyas primeras diligencias fue un informe del Instituto de Medicina Legal, en donde se manifiesta:

"Los frotis vaginales tomados a Nancy P. Rodríguez, a los exámenes microscópicos en fresco y con coloración se encontraron espermatozoides humanos" (Fl. 10). Este examen lleva fecha 2 de febrero del año mencionado.

Al poner la denuncia, el padre de la menor ofendida, manifestó que ésta le había dicho que cuando entraron al cuarto del servicio, Montoya cerró la puerta, la tomó por los hombros, la arrojó a la cama de la muchacha del servicio, le bajó los pantaloncitos y, aprovechando que no tenía fuerzas para defenderse, hizo uso carnal de ella (Fl. 1 vto.).

La menor, en su instructiva, dice, sobre el particular, textualmente:

"El me echó los brazos de para atrás y ahí fue cuando a mí me dio mucho miedo y cerré los ojos, me di cuenta, sí, de que se bajó la cremallera del pantalón y me hizo acostar en la cama, luego me abrió las piernas y yo cerré los ojos del miedo y sentí que me metió una cosa por donde orina (sic), luego cuando él se paró, me fui corriendo para el baño y me vi toda untada de sangre..."

Ya antes había dicho que después de ésto, que duró como dos o tres minutos y cesó porque el procesado, al sentir ruido se levantó, ella se fue al baño de la muchacha, cerró la puerta cuya chapa estaba cerrada por lo cual trancó con el pie porque Montoya iba a abrir, entonces éste le pasó por debajo de la puerta un papel higiénico y cuando ella sintió que no había nadie, se salió por la puerta principal de la casa y se fue para la suya.

También afirma, al responder una pregunta del investigador, que la esposa del procesado estaba en el piso de arriba, durmiendo, que los dos hijos de ese matrimonio se encontraban en la calle aun cuando uno de ellos había estado en la casa, pero que como el procesado lo envió a decirle al otro hermano que le fuera a comprar cigarrillos, el muchacho se quedó jugando en la calle.

En careo con el procesado, la menor vuelve a narrar los hechos de la siguiente manera:

"...y me llevó hasta el cuarto de la muchacha y entonces ahí llegó un hijo de él y le dijo que fuera a comprar cigarrillos con el hermano entonces cuando se fueron cerró la puerta del cuarto del servicio y ahí fue estando sentada en la cama me echó los brazos hacia atrás, entonces me tocó acostarme y fue cuando pasó que me bajó los pantalones y con una mano me tenía los brazos y con la otra me bajó los pantalones y después se bajó la cremallera y se me subió encima y fue cuando pasó eso, yo sentí dolor en todo el cuerpo, del estómago para abajo, él me introdujo una cosa por aquí (muestra los órganos genitales) yo estaba muy asustada y no hice nada. Cuando él se paró yo salí corriendo al baño de la muchacha, la chapa de esa puerta seguramente estaba dañada y yo tranqué la puerta con el pie, entonces como no podía abrir pasó papel toilette por debajo de la puerta, él pasó el papel, después entonces parece que se puso a limpiar por fuera en el cuarto de la muchacha, en el piso la sangre, la sangre era mía, pues cuando se me quitó de encima yo estaba toda llena de sangre. Después yo me fui al patio y me salí, fui al patio de la ropa de la casa de él, y después me fui para mi casa" (Fl. 96 vto.).

La madre de la ofendida, señora Ligia Palacios de Rodríguez, manifiesta en su declaración (Fl. 58) que al ver entrar a su hija, la tarde de autos al baño y observar que éste estaba manchado de sangre, le pidió que le dijera lo que le había sucedido y entonces Nancy Patricia, después de decirle que si lo que le había sucedido era tan grave, ella se mataba, le contó que el señor de al pie la había mandado llamar para preguntarle si era cierto lo de la rifa del yo-yo y que luego de conversar la había invitado a que siguiera para mostrarle unas cosas que había comprado a sus hijos, que ella había entrado con dicho señor y con los hijos de éste pero que aquél los había mandado a comprarle unos cigarrillos, que habiendo quedado sola con él en el cuarto del servicio, estando sentada ella en la cama esperando qué era lo que le iba a mostrar, él la había cogido y le había hecho (sic) lo que la menor le decía a su madre a tiempo que le mostraba la ropa, por lo cual la declarante se imaginó qué era lo que había sucedido a su hija.

Interrogado sin juramento Francisco de Paula Montoya dijo, en síntesis, que aquél día llegó de Pereira como a eso de las tres de la tarde, y que estuvo desde esa hora hasta las cinco en su cuarto, con su esposa, recostado y durmiendo a ratos en tanto que dos de sus hijos estaban en la calle montando en bicicleta y otro de ellos, en pijama, viendo televisión en una pieza inmediata, pero entraban y salían del cuarto en donde él se encontraba. Agregó que en determinado momento bajó al garaje a sacar algunas cosas del carro y volvió a recostarse. También dijo que cuando uno de sus hijos llegó con un yo-yo, él le preguntó de dónde lo había sacado y como pusiera en duda que se lo hubiera ganado en una rifa, el niño fue a traer a una vecinita, que resultó ser Nancy Patricia, la cual estuvo en la puerta de la habitación, sin entrar en ella y desde allí le dijo ser cierto que había rifado el juguete, porque ya no servía y que el niño se lo había ganado.

Niega haber mandado a comprar cigarrillos por cuanto ya tenía.

Y niega también, en forma terminante, haber violado a la menor Nancy Patricia (Fls. 12 ss.).

En careo con ésta, a más de reiterar la negativa que se acaba de mencionar, dice que aquel día estaba vestido con un "bluejean" y camisa amarilla y cuando se le hace caer en la cuenta de que su esposa había manifestado que él estaba ese día en pijama, dice que ella está equivocada.

Agrega que en el rato que permaneció con su señora, tuvo relación sexual con ella, alrededor de las cuatro de la tarde. Y repite que, cerca de las cinco, salió con ella y con

los niños a comprar unos "blue-jeans" para uno de los niños, habiendo permanecido en la calle hasta por la noche.

La señora Ligia Soto de Montoya, esposa del procesado, manifiesta en su declaración que después de que su esposo llegó de Pereira y almorzó, se recostaron en la cama y tuvieron relación (sic) luego de lo cual dos de sus hijos se salieron a la calle, habiéndose quedado el tercero en pijama viendo televisión. Al poco rato llegó uno de los primeros con un yo-yo diciendo que se lo había ganado en una rifa y como su esposo no le creyera, el niño salió y volvió con una amiguita quien confirmó el dicho del menor y después salió con éste de la casa. A los pocos momentos su esposo bajó a donde estaba el carro, por unos papeles, subió enseguida y se puso a verlos mientras ella se arreglaba para salir a comprarle unos bluejeans para los niños. Salieron y estuvieron dando vueltas por los almacenes. Comieron en la calle, fueron donde Alfonso N. con quien su esposo salió a cobrar unos cheques. Estando ella en la casa mencionada, llegó allí Jaime González a quien ella le pidió que la trajera, con los niños, a la casa, lo que González hizo.

Alfonso Isaza Romero (Fl. 39) y Jaime González (Fl. 51) corroboran lo dicho por la señora de Montoya y por su esposo sobre la presencia de éstos en la casa del primero de los declarantes mencionados, el día de autos y en las horas de la noche.

Se recibió la declaración de Gabriel Restrepo Botero quien manifestó (Fl. 63) que el día de autos estuvo alrededor de las tres y media de la tarde, arreglando el antejardín de su casa que queda en la acera del frente de la del procesado y que vio que en la calle estaban jugando unos niños que iban hasta la casa de la esquina noroccidental de la cuadra y entre los cuales estaban dos hijas del señor Rodríguez y dos del señor Montoya, a quien también vio en el garaje de su casa, con un traje de casa, de blusa (sic) amarilla. Agrega que en una de esas ocasiones en que vio a los niños entrar a casa de Montoya se dio cuenta de que había vuelto a salir la hija pequeña de Rodríguez, Pilar, pero no vio salir a la más grande, llamada Patricia. Asimismo dice que vio a Montoya con los niños, por dos veces, una de ellas afuera conversando con éstos y otra adentro, como dándoles alguna cosa. Termina diciendo que del lugar en que se encontraba, hay perfecta visibilidad al garaje de Montoya.

Se practicó, previo auto en que se la decretaba y se señalaban los puntos a que debían contraerse, sin intervención de testigos actuarios ni de peritos, una diligencia de inspección judicial (entonces "ocular") a la casa donde residía la familia Montoya y en ella se volvió a recibir la declaración de Gabriel Restrepo quien señaló el lugar en que se encontraba el domingo en que sucedieron los hechos, así como también el sitio en que vio a Montoya, dejándose constancia que del primero de esos lugares se podía ver hasta tres metros adentro del garaje del procesado (Fl. 72).

Posteriormente, en el plenario de la causa y con fecha 29 de junio del año pasado, se verificó otra diligencia semejante a la anterior, en la que tampoco intervinieron testigos actuarios ni peritos, en la cual se constató que la cocina tiene una puerta de "vaivén" (es decir, que abre en cualquier sentido), que chirriaba cuando se la abría, ruido que era audible en el segundo piso. En el patio de ropas se encontró una puerta que conduce a la calle pero cuya chapa ofrece fuerte resistencia para abrirla, habiendo informado la abuela de la esposa del procesado que antes era casi imposible accionar dicha cerradura. También se dejó constancia de que la puerta del baño cierra perfectamente y que no necesita que se la tranque con ningún elemento material o humano. De igual manera se dejó constancia de que la cerradura del cuarto del servicio no tiene ningún seguro.

En cumplimiento de uno de los puntos del auto que ordena la diligencia se dijo que no era posible que una persona situada enfrente de la casa examinada pudiera ver un automóvil y menos una persona que estuviera en el garaje de aquélla.

Por último, a petición del defensor se dejó constancia de que al cerrar la puerta del baño en el cuarto del servicio, el ruido que se produce puede ser percibido en los cuartos de arriba (Fls. 196 ss.).

Se trajo a los autos copia de la partida notarial de nacimiento de Nancy Patricia

Rodríguez Palacios, documento según el cual ésta nació el 4 de septiembre de 1959.

Es decir, que para la época de los hechos dicha menor tenía once (11) años y cinco (5) meses de edad.

En la sentencia de primera instancia, manifiesta el Juez Veinte Penal del Circuito, en síntesis, que el testimonio de la menor ofendida, única base, según dicho funcionario, de la responsabilidad del procesado no es atendible por cuanto de la diligencia de inspección ocular de que se ha hablado, aparece, en primer lugar, que siendo la casa de ésta y la de aquél iguales, fácil le era a Nancy Patricia describir la del procesado sin necesidad de que la hubiera visto en el momento del hecho que le atribuye, a éste. En segundo término, considera el juez que como la puerta del cuarto de servicio no tenía seguridad, le era fácil a cualquier persona penetrar en él e imposible que el procesado la cerrara, como afirma la menor.

Considera, además, que el dicho de ésta sobre los elementos que había en ese cuarto no coincide con el de la esposa del procesado, nuevo motivo para que el Juzgado desconfíe de la menor ofendida.

También encuentra otro motivo de desconfianza en la constatación que, en la diligencia mencionada, se hiciera de que la chapa del cuarto de baño estaba en buenas condiciones, cuando la menor había dicho que estaba dañada.

A ésto le agrega que entre el piso de ese cuarto y el borde inferior de la puerta del cuarto de baño no había espacio suficiente para introducir papel toilette como dice Nancy Patricia que Montoya lo hizo.

Suma a los anteriores motivos de desconfianza otros como la imposibilidad de abrir la puerta que conduce al patio de ropas y la posibilidad de que del piso alto se oyera el ruido que hacían las dos puertas mencionadas al accionarlas.

También se pregunta qué se hicieron los hijos del procesado y los demás niños que estaban jugando en la calle durante los dos o tres minutos que, según la ofendida, estuvo el procesado accediéndola carnalmente.

Termina por desechar el dicho de aquélla y, absuelve, en consecuencia, al procesado.

Al subir al Tribunal, en consulta, la sentencia anterior el ad-quem la revocó y condenó al procesado en la forma que se deja vista en el primer aparte de la presente providencia.

Considera el Tribunal, de acuerdo con su Fiscal Tercero, que no es posible, debido al estado de ánimo de la ofendida a causa del ataque de que fue víctima, exigir una absoluta uniformidad en sus declaraciones, lo que además, conduciría a sospechar un acuerdo previo sobre la declaración. Agrega que no se ve por qué las discrepancias de la niña sobre circunstancias accesorias referentes a los momentos posteriores a su desfloración, puedan demeritar su dicho y afirma que el comportamiento de ella cuando habló con su madre, lejos de debilitar su credibilidad, la refuerza porque muestra la calidad moral de la ofendida.

Critica el testimonio del procesado y el de su esposa por cuanto ésta dice que quien entró a la casa fue Pilar no siendo ésto cierto. Insiste que tanto por el dicho del primero como por el del testigo Restrepo se sabe que Montoya bajó al primer piso y afirma que éste envió a sus niños a comprar cigarrillos para aprovechar esos momentos y encerrar a la niña en el cuarto del servicio.

Refiriéndose a los alegatos de la defensa, en cuanto ataca el testimonio de la niña por lo que dijo respecto a las cerraduras tanto del cuarto del servicio como del de baño, la existencia o no de un intersticio entre la puerta de éste último y el piso, la pasada del papel toilette, etc., dice el Tribunal que son detalles accesorios que no tornan brumoso, ni increible, ni incierto el dicho de la menor pues las incidencias posteriores al acceso carnal no podían grabarse con precisión en la mente de la niña debido a la conturbación de su ánimo. De paso critica las conclusiones a que se llegó en la segunda inspección ocular, ésto es, la practicada en el plenario de la causa, especialmente en cuanto tiende a derrumbar el testimonio de Restrepo de quien afirma el adquem que sí estuvo en condiciones de ver, desde el antejardín de su casa, lo que dice haber observado en la del procesado.

Agrega que el valor de las dos inspecciones oculares es ninguno desde el punto de

vista procesal por haberse llevado a cabo sin la presencia de testigos actuarios ni de peritos y cita sobre este particular, lo dispuesto por los artículos 210 y 211 del anterior Código de Procedimiento Penal lo mismo que el artículo 724 del Código Judicial entonces vigente, así como una doctrina de la Sala Civil de la Corte que dice, en lo fundamental, que los testigos y peritos sirven para controlar las actividades y juicios probatorios del juez y que no tienen validez esas diligencias cuando faltan unos u otros.

Con base en esas consideraciones, encuentra demostrado tanto el cuerpo del delito de violencia carnal, que considera enmarcado por los artículos 316 y 317 del Código Penal, como la responsabilidad del procesado.

Y para tasar la pena parte de lo dispuesto por el artículo 36 del Código Penal, considerando, en primer término, que el delito juzgado tiene excepcional gravedad "ya que el acusado hizo tabla rasa de valores, que se tienen en gran estima dentro del cuerpo social, como son los de solidaridad entre personas agrupadas en un mismo barrio residencial, vecinas entre sí, y que si en ocasiones no tienen vínculos permanentes que las acerquen, al menos guardan las debidas distancias sin herir su dignidad ni menoscabar con ataques aleves capaces de resquebrajar aquellos lazos de convivencia humana" (Fl. 67).

Asimismo considera el Tribunal que es el caso de agravar la sanción con base en lo dispuesto por los numerales 6º y 7º del artículo 37 del Código Penal ya que "el ejecutar el delito en el propio hogar de residencia de la esposa y de los hijos menores, revela una insensibilidad moral muy grande, un desprecio hacia sus propios allegados, hacia sus seres queridos, ésto es, que el encausado ha sobrepasado ciertas vallas como no lo hacen sino los individuos bajos e indiferentes, despreocupados por los problemas y sinsabores que viven los demás, y procurando causar el mal por el propio mal (regla 6ª, Ib.). Además Montoya Cadavid se aprovechó de una criatura indefensa que prodigaba amistad a sus hijitos para inmolarla sin piedad alguna en una alcoba de su propia casa, después de invitarla a penetrar y sin percatarse que el hogar es un recinto sagrado a donde pueden concurrir los amigos y los extraños, no para inferirles agravio ni para herirlos casi de muerte (regla 7ª, Ib.)".

Toma entonces como base un mínimo de dos años o sea veinticuatro meses de prisión, a los que añade cinco meses "por la protuberante gravedad del ilícito", obteniendo así veintinueve meses a los cuales agrega diez meses más por las dos circunstancias de mayor peligrosidad mencionadas, para un total parcial de treinta y nueve meses al que suma nueve meses, o sea la cuarta parte de esa cifra, por haberse ejecutado el hecho en la persona de una mujer virgen y de irreprochable honestidad, con lo cual llega a un gran total de cuarenta y ocho meses de prisión que es la pena principal que impone al procesado.

Demanda de casación

Formula a la sentencia dos cargos, uno como principal y otro como subsidiario, a saber:

Cargo principal: "Por ser violatoria de la ley sustancial, proveniente dicha violación de apreciación errónea de determinadas pruebas o de falta de apreciación de otras por lo cual el ad-quem incurrió en errores de derecho y de hecho que aparecen de modo manifiesto (inciso 2º, ordinal 1º, artículo 580 del C. de P. P.)".

Los cargos que en el marco de la causal invocada, formula el recurrente a la sentencia bajo el denominador común de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, pueden resumirse en la siguiente forma:

I. El sentenciador de segunda instancia erró, a juicio del recurrente, al apreciar las declaraciones de la menor Nancy Patricia Rodríguez "columna vertebral de la prueba de la responsabilidad de Francisco Montoya Cadavid".

De acuerdo con aquél, el Tribunal no aplicó, como era su deber, las normas de la crítica del testimonio porque no tuvo en cuenta que si la esposa de Montoya y los niños estaban entrando a la casa y saliendo de ella, no solamente acompañados por la ofendida sino por el menor Juan Carlos García, hubiera sido una infamia que el

procesado abusara de la menor en un cuarto de la misma residencia exponiéndose a que cualquier ruido que allí hiciera fuera oído por la esposa o a que la menor gritara.

Además de eso agrega que la declaración de la menor "está muy bien compuesta" a decir de la demanda ya que contra todo lo lógico, ésta no gritó, ni pidió socorro, ni intentó resistir, lo que no tuvo en cuenta el sentenciador.

2. Tampoco tomó éste en consideración que si bien fue cierto que los hijos del procesado fueron enviados a comprar cigarrillos, no parece menos verdad que hubieran regresado pronto. No, como dice la ofendida, después de cinco minutos sino antes. O sea que la narración que ella hace de los hechos, no se acomoda al factor tiempo, lo que también fue desconocido por el Tribunal.

3. Como tampoco paró mientes el adquem, según la demanda, en la contradicción en que incurrió Nancy Patricia cuando, en un principio, dijo que había entrado a la casa de Montoya solo con Juan Diego y luego, en el careo con el procesado, aseverá que entró acompañada por tres niños.

4. Es inverosímil, continúa diciendo el demandante, que en dos o tres minutos el procesado hubiera podido encerrar a la menor y violarla. La aseveración que la niña hace en ese sentido, es, en su concepto, absurda e inverosímil, lo que no se tuvo en cuenta por el Tribunal.

5. También señala como absurdas las aseveraciones que Nancy Patricia hace de que hubiera trancado la puerta del baño con el pie y de que Montoya no pudiera abrirla, siendo así que aquélla era una niña menor de doce años. A más de que la inspección ocular demostró que la chapa no estaba dañada, como ella dijo.

O que el procesado hubiera pasado por debajo de la puerta papel toilette siendo así que, de acuerdo con la susodicha inspección judicial, no había, entre la puerta y el piso, sino un espacio de dos centímetros, insuficiente para que por allí se pasara el papel en mención. A más de que el Tribunal dice, inventando el detalle, que la menor pudo tomar el papel del mismo baño.

6. Asimismo resulta inaceptable, continúa diciendo la demanda, que la menor hubiera visto a Montoya limpiando el piso del cuarto, siendo así que, como ella misma asevera, estaba encerrada en el baño.

7. De otro lado, afirma el demandante, el Tribunal no tuvo en cuenta las contradicciones en que incurrió la menor, como cuando dice que no estuvo en el piso de arriba, siendo así que la esposa del procesado afirma lo contrario.

O la que hay entre el dicho del padre de Nancy Patricia cuando dice que ésta gritó y que el procesado le decía que no lo hiciera y el dicho de la menor cuando afirma que no gritó ni pidió auxilio.

O aquélla entre lo afirmado por la menor en el sentido de que no había recibido ni un rasguño y la madre cuando dice que ésta tenía unos verdugones en la pierna izquierda a la altura del muslo.

Y aun la que consigna el juez de primera instancia al señalar que, siendo así que tanto la versión de los hechos suministrada por el padre de la menor como la que diera la madre, provenían de la misma ofendida, discrepan en cuanto al empleo de la violencia material sobre Nancy Patricia pues en tanto que el padre dice que Montoya la había violado a la fuerza, la madre expresa que el procesado empujó a su hija, cuando ésta se hallaba sentada en la cama, tendiéndola sobre la misma.

También halla contradicción en los dichos de la menor cuando ésta afirma en su primera relación de los hechos que Montoya "se paró" porque sintió que alguien llegaba, detalle que no consigna en sus demás intervenciones.

Y finalmente señala el recurrente que en la primera versión de los hechos la ofendida dijo que había salido por el portón principal de la casa en tanto que en el careo afirmó que había ido primero al patio de ropas y luego se fue para su casa.

De todo lo cual saca en conclusión que la menor no comete simples olvidos en sus declaraciones sino que los cambios de detalles, ya señalados, indican que miente para ocultar algo a sus padres o para alguna trampa.

En el curso de la demostración de lo que se deja resumido, añade, para reforzar su afirmación, que la menor también al afirmar que el cubrelecho era, según le pa-

recía, rosado y que encima de la cama del servicio no había ropa siendo así que la esposa del procesado dijo que el tal cubrelecho era azul y blanco, auncuando no pudo precisar si había o no ropa encima del mismo.

8. El Tribunal cometió, según el demandante, error de derecho al desestimar las inspecciones judiciales por no haber asistido a ellas testigos ni peritos.

Cita para apoyar su afirmación, lo dispuesto por los artículos 223 y 265 del Código de Procedimiento Penal, el primero de los cuales dice que la asesoría de peritos sólo se requiere "si fuere necesario", en tanto que el segundo estatuye que la pericia únicamente se ordena cuando se requieren conocimientos especiales en determinadas ciencias y artes, lo que no pasaba en el caso de autos.

Lo cual demuestra, dice la demanda, que al requerir el Tribunal la presencia de testigos o peritos como indispensable para la validez de las inspecciones oculares, "cometió otro error oceánico" ya que la exigencia de testigos o peritos fue eliminada, para esa clase de diligencias, por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

9. Y sobre la base de estimar válidas tales diligencias, hace hincapié en la practicada durante el plenario de la causa y, en particular, en las constancias dejadas por el defensor del procesado, para ver de desvirtuar el testimonio de Gabriel Restrepo Botero y dice que igual cosa debió hacer el adquem por cuanto, en sentir del recurrente, no era posible que dicho declarante viera al procesado en la puerta principal de su casa.

Dirige luego nuevo ataque a la veracidad de las declaraciones de la menor, fundándose, esta vez, sobre la sentencia de primera instancia que atribuye a aquélla, invención en cuanto describe la casa del procesado, afirmando que lo hizo con detalles debido solo a que tal edificación era igual a la de la propia menor.

También reproduce lo que tal sentencia dice sobre las condiciones de la cerradura del cuarto del servicio y del de baño, la distancia entre la puerta de éste y el piso y lo relativo a la salida de la menor hacia su casa.

10. Afirma, a continuación, que también erró el Tribunal al desconocer la fuerza exculpatoria o al menos creadora de una duda razonable que hay en las exposiciones del procesado, su esposa y los declarantes Pedro Nel Jiménez Ayala, Alfonso Isaza y Jaime Edgar González, porque, si bien los tres últimos hablan de momentos posteriores a los hechos juzgados, corroboran, en cambio, todo lo que el procesado dijo sobre sus actividades después de las cinco de la tarde.

11. Finalmente asevera que el ad-quem analizó y valoró erróneamente el dictamen médico del 31 de enero "porque lo tomó, simplemente, como prueba del hecho material", pero le faltó apreciarlo en cuanto no mencionó que la niña sangrara, lo que era de rigor por la proximidad del hecho, y observa que sólo el día siguiente se dijo que la desfloración era reciente lo que le da pie para afirmar que la desfloración no era de ese día y que los padres de la menor urdieron la trama y buscaron la víctima propiciatoria. A este propósito llama la atención sobre los riesgos que tienen las declaraciones de mujeres desfloradas, en cuanto hace al señalamiento de los autores.

Acusación subsidiaria. Para el caso de que no prospere la acusación principal formula ésta en el marco del inciso 1º, ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. Penal por ser la sentencia, a juicio del demandante, violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea de la misma.

Y hace los siguientes cargos:

1. El Tribunal aumentó la pena con base en la gravedad del delito que hace consistir en el rompimiento de la solidaridad social.

Afirma la demanda que todo delito es, por esencia, un rompimiento de la mencionada solidaridad y que, justamente por eso, se castiga a su autor lo que quiere decir que tomar la perturbación de la solidaridad, como algo independiente del delito, para agravar la sanción, es quebrantar el principio "non bis in idem" y violar, por ende, el artículo 36 del Código Penal en relación con el 316 del mismo ordenamiento.

2. También dice, erró el sentenciador al agravar la pena con base en las circunstancias de mayor peligrosidad contemplada por el numeral 7º del artículo 37 del Código

Penal porque tratándose de una violencia presunta, es justamente esa inferioridad, que proviene de la edad de la persona ofendida, lo que estructura el delito.

O sea que uno de los elementos del mismo fue tomado por el sentenciador como circunstancia de mayor peligrosidad, violando, por desacertada inteligencia y por aplicación errónea, los artículos 316 y 37-7 del Código Penal.

3. Otro tanto ocurre, afirma el demandante, con la aplicación que el fallador hace del numeral 6º del artículo 37 del Código Penal, al tomar como circunstancia de mayor peligrosidad, en el presente caso, el lugar en que se cometió el hecho, porque si bien es cierto, afirma el recurrente, que éste tuvo lugar en la casa de habitación del procesado, no lo es menos que la señora de Montoya estaba dormida, los hijos ausentes y el procesado le pidió a la menor que no gritara a fin de evitar que se supiera lo ocurrido, precauciones que no pueden servir para agravar la sanción ya que no es cierto que revelen una mayor insensibilidad moral en el procesado.

4. Finalmente, sostiene la demanda que también hubo indebida aplicación de los artículos 36, 316 y 317 del Código Penal porque en vez de partir de la cuarta parte del mínimo de la pena señalada por el artículo 316 del Código Penal para hacer sobre éste, que es de dos años, el aumento de la cuarta parte de que habla el artículo 317 ibídem, toma el total de los aumentos hechos por virtud de los artículos 36 y 37 (causales 6ª y 7ª), o sea treinta y nueve para sacar de allí la cuarta parte que correspondía por el mencionado artículo 317 y aumentarla al subtotal mencionado.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal, con base en las razones que serán resumidas más adelante, a medida que se estudian los diversos cargos que se formularon contra la sentencia recurrida, que se deseche la demanda y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Consideraciones de la Corte

Como se deja visto, contra la sentencia recurrida, se formularon dos cargos. Uno de ellos con carácter de principal y el otro como subsidiario, para el caso de que el primero no prosperara.

Se les estudiará, a continuación, separadamente, comenzando por el primero.

Cargo principal

Se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, todo lo cual habría llevado al ad-quem a incurrir en errores de derecho y de hecho que aparecen, según el demandante, de modo manifiesto.

Antes de entrar en el análisis de los cargos, es necesario establecer, a manera de premisa, algunas bases esenciales de juzgamiento, no importa lo elemental de las mismas.

Así se tiene que error es, en general, la falta de conformidad entre el intelecto y la realidad: lo que se cree que existe, pero no tiene existencia verdadera, o no la tiene como se piensa.

Sin embargo, para que una sentencia sea casable, con base en la apreciación errónea de la prueba, no basta cualquier error, sino uno de tal magnitud que pueda calificarse de manifiesto, ésto es, de aberrante, por ser tal la disparidad entre el intelecto y la verdad que no pueda dejar de notarse aun con los más simples razonamientos.

Y no puede ser de otra manera porque de no permitirse al juzgador una relativamente amplia autonomía en este campo, se le estaría cercenando aquella discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que si bien no pueda extenderse tanto, que llegue a la arbitrariedad, tampoco puede reducirse de tal modo que desaparezca esa libertad que la ley procesal penal ha querido otorgar a los jueces para que, dentro de ciertos límites, muy amplios por cierto, como son los de las reglas de la lógica y los datos de la psicología y la experiencia, puedan hacer la apreciación de las pruebas en orden a establecer la verdad de los hechos, para estructurar la base fáctica de la sentencia, que, junto con la recta interpretación de la ley, constituyen las dos premisas del llamado "silogismo de la resolución" ésto es, el mecanismo que permite la subsunción del

hecho en la norma legal para llegar a la resolución definitiva.

En materia de apreciación de la prueba testimonial denominación dentro de la cual hay que entender comprendida, para examen del poder demostrativo de los hechos, tanto la confesión como la llamada instructiva, la ley ha fijado como instrumento (Art. 236 del C. de P. P.) las normas de la crítica del testimonio consistente en una serie de apreciaciones tanto de carácter físico como psicológico del testigo, referidas al momento de la captación del hecho y al de la declaración, elementos de juicio en cuya apreciación el juez tiene una gran amplitud.

Para hablar en estas materias de error manifiesto del juez, habría que demostrar su grave ignorancia bien sea de las normas físicas de la percepción o de los procesos psíquicos de la fijación, conservación y reproducción del conocimiento o que ha pecado por falta de experiencia o por apartarse notablemente de las leyes de la lógica.

Pero si el juez ha dado la razón de su apreciación de la prueba testimonial y si los fundamentos en que basa el valor probatorio que concede al testigo no violan flagrantemente esos elementos de juicio que se dejan anotados, no es posible hablar de error ostensible en la valoración de la misma.

Previas estas consideraciones, se pasa al examen de los cargos.

1. Considera el recurrente que la menor ofendida miente al acusar al sindicado de haberla sometido, por la fuerza, al acceso carnal y que está encubriendo a otra persona que sería el verdadero autor de la violación.

Para llegar a tal conclusión, una de las primeras tachas que le formula al dicho de la menor es la de la forma como depuso en sus varias intervenciones y que llevan al demandante a considerar "compuesta" ésto es, arreglada de antemano, la declaración, haciendo hincapié, para calificarla así, en que la menor dice no haber gritado, ni pedido socorro, ni intentado resistir.

Anota la Procuraduría que la menor era en esos momentos víctima del terror y, hace suyos los conceptos de un eminente tratadista quien dice que en el miedo, los fenómenos de inhibición alcanzan tal intensidad que se producen manifestaciones de suspensión de la vida psíquica que pueden llegar hasta la muerte.

La Corte, por su parte, añade que en los momentos de conmoción psíquica como el que debía sufrir la menor ofendida, si bien en algunos casos se pueden producir reacciones motoras de defensa como movimientos bruscos, gritos, etc., también suele suceder lo contrario, ésto es, que se inhiba la psiquis y la persona queda, no sólo transitoriamente paralizada, incapaz para hacer frente a su agresor.

El hecho de que la ofendida Nancy Patricia Rodríguez diga que no gritó ni se defendió, armoniza perfectamente con lo que se acaba de decir y al apreciar en esta forma el testimonio de la menor, el Tribunal no pecó contra las normas de la crítica del testimonio, sino que las aplicó correctamente.

2. La tacha que el demandante endereza contra el testimonio de la menor en el sentido de que su noción del tiempo que duraron los hecho no se acomoda a la realidad, tampoco es aceptable, por las mismas razones que se dejan expuestas en el aparte anterior, ésto es, porque en el caso de una fuerte conmoción psíquica, se altera la noción del tiempo.

No es posible pedir a quien ha sido presa de un miedo tan extremo que sus reacciones motoras han sido bloqueadas, que pueda hacer un cálculo exacto del tiempo que duró en acción la causa motivadora de la emoción.

Es una verdad indiscutible que el tiempo psíquico es diverso del cronológico ya que aquél puede ser mayor o menor que éste.

3. La tacha que se le hace al dicho de la menor porque ésta dijo en alguna de sus intervenciones que había entrado a la casa del procesado en compañía de uno de los niños y en otra afirmó que lo hizo en unión de tres menores, no se ve que pueda incidir en la credibilidad de su declaración del modo grave que afirma la demanda, ya que ese es un detalle de carácter accesorio, una circunstancia antecedente al hecho juzgado que no alcanza a desvirtuar la fe que merece, por su espontaneidad, persistencia y concordancia el dicho de la ofendida.

4. Asimismo resulta inaceptable querer desvirtuar esa declaración con base en que no es posible que una niña de doce años pueda trancar con el pie una puerta. Si se examinan las intervenciones de la menor se ve que ésta dice que el procesado trató de abrir la puerta del baño, pero en ninguna parte afirma que hiciera fuerza para lograr ese propósito, lo que hace verosímil que ella pudiera contener el intento que en tal sentido hiciera Montoya.

Menos resulta privado de credibilidad el dicho de la menor por la comprobación que se hiciera en las diligencias de inspección judicial acerca de que había un resquicio entre la puerta del baño y el piso, porque si bien por allí no se podía pasar un rollo de papel higiénico, sí podía hacerse pasar una pequeña cantidad de tal elemento, y la menor en ningún caso ha dicho que fuera mucho papel el que le pasó el procesado.

5. En cuanto a que la ofendida Nancy Patricia no hubiera podido ver al procesado limpiando el piso del cuarto, tampoco es aceptable pues, por el contrario, ella manifestó que, por estar cerrada la chapa de aquél, ésto es, corrido hacia afuera el pestillo, no pudo cerrar completamente la puerta, lo que hace posible que, por el insterstício que así quedó, hubiera podido presenciar la maniobra de Montoya.

6. En relación a las contradicciones, ya mencionadas, que la demanda atribuye a la menor, para menoscabar su credibilidad, basta en orden a desechar el cargo, observar que el demandante se vale, para deducir algunas de ellas, no de los dichos de la propia menor, sino de lo que relataron sus padres.

O sea que toma como testimonios directos los que no lo son sino de oídas, y sabido es que el valor probatorio de esta clase de declaraciones es muy pequeño, "deleznable" como lo llama algún autor.

Y las otras contradicciones son tan accesorias que sólo el afán de demostrar que el dicho de la ofendida merece poca fe, puede llevar a tomarlas en cuenta, tal, por ejemplo, la de que en una de sus intervenciones dijo que había salido de la casa por la puerta principal y en otra que por el portón de la ropa, o que en una declaración afirmó que el sindicado Montoya se paró al oír que se acercaba gente y en otra guardó silencio sobre el particular.

No existen en conclusión, los errores de hecho que el demandante dice cometió el Tribunal al fundamentar, en forma principal, su fallo sobre el dicho de la menor cuya credibilidad aparece razonada en la sentencia en forma que la Sala considera aceptable.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

7. En cuanto al error de derecho que hace consistir en que el Tribunal desestimó, no debiendo hacerlo, las inspecciones oculares, dice la Procuraduría, en síntesis, que aun cuando las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, no puede darse efecto retroactivo a las que varían la forma de estimar la validez de las pruebas. Esto es, que las pruebas deben ser evaluadas conforme a las disposiciones vigentes al tiempo en que fueron producidas.

O sea que como en el Código de Procedimiento Penal anterior se establecía la carencia de valor de la inspección ocular cuando no se señalaban la hora, el lugar y la fecha o no se designaban los testigos y peritos que habían de asistir a ella, lo que implicaba que estos últimos debían realmente concurrir para que la diligencia fuera válida, y que como a ninguna de las dos inspecciones oculares que se practicaron en los autos asistieron testigos ni peritos, bien hizo el juez en desechar tales pruebas.

La Sala comparte las apreciaciones del Ministerio Público porque, en efecto, los criterios para establecer la validez de una prueba son los que la ley señala en el momento en que ella se produce y no los que fija una norma posterior.

El artículo 6º del Código de Procedimiento Penal vigente, establece en forma perentoria, que sólo se aplican las normas nuevas en lo relativo a la jurisdicción y competencia del juez o las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios.

Lo que quiere decir, "a contrario sensu", que en lo demás, se aplican las normas vigentes en la época en que tuvieron ocurrencia los respectivos hechos procesales.

Y sobre si lo único que hacía inválida una inspección ocular era que no se expresara qué testigos o peritos debían concurrir a ella, pero no caía bajo la misma sanción

practicarla sin la presencia de tales personas, también acoge la Sala el concepto de la Procuraduría, de que la ausencia de ellas viciaba de invalidez la prueba, porque sería absurdo pedir que se les designara en el auto y no se exigiera su presencia en el lugar de la inspección, no solamente porque ellos sirven, como lo ha dicho la Corte, para controlar la actividad del juez o funcionario de instrucción sino para complementar su capacidad de percepción y análisis de los hechos o circunstancias sobre que recae la prueba.

No es, por lo tanto, aceptable el cargo.

8. En cuanto a la afirmación que hace la demanda de que las declaraciones de Pedro Nel Jiménez Ayala, Alfonso Isaza y Jaime Edgar González, son básicas para establecer la credibilidad que merece el dicho del procesado ya que tales testigos corroboran en un todo el relato que éste hiciera de sus actividades cuando salió, la tarde de autos, de su casa, y que por lo tanto, cometió el Tribunal un error de derecho al no tomarlas en cuenta, la Procuraduría responde que nada tienen que ver ellas con el hecho que se juzga, ni desvirtúan por lo tanto la acusación que la ofendida hace al procesado, ni, en consecuencia hubo quebrantamiento de norma legal alguna al no estimar tales declaraciones.

También en este particular está la Sala de acuerdo con la Procuraduría porque la inferencia que pretende hacer la demanda de que el procesado dijo la verdad cuando negó haber accedido carnalmente a la menor porque también la dijo cuando hizo el recuento de los hechos posteriores al que está sub-judice no tiene mayor fundamento, ya que es apenas obvio que se mienta en lo que interesa ocultar y no en aquéllo que no presenta ningún valor para el que declara y que de la veracidad de esto último no puede inferirse la de lo primero.

No se acepta, en consecuencia, el cargo.

9. No ve la Sala, finalmente, que errara el juzgador ad-quem al valorar el dictamen, pericial de 31 de enero, tomándolo como prueba de que el acceso carnal hubiera tenido ocurrencia ese mismo día no obstante que no se menciona en él que la desfloración era reciente ni que el himen todavía sangrara, lo que sí se dice en el del día siguiente, de lo cual deduce el demandante que "padres e hija urdieron una trama y buscaron una víctima propiciatoria".

La Sala no encuentra los fundamentos de tal deducción porque, aunque el primer dictamen no mencione las circunstancias anotadas, no queda duda de que se trataba de una desfloración reciente y es imposible suponer otra cosa habida cuenta de que al día siguiente se dejó constancia de que sangraba.

No cabe pensar que la desfloración tuviera lugar sólo el 1º de febrero del año pasado, porque el día anterior se advirtió pericialmente una desgarradura en el himen. Y no se puede, tampoco, suponer que ese dictamen no versara sobre una desfloración reciente porque, como ya se dijo, los legistas anotaron, al día siguiente, que sangraba el himen.

Se desecha también este cargo.

Acusación subsidiaria. Se basa, como ya se dijo, en violación directa de la ley, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

La Procuraduría anota, en primer término, que el cargo adolece de falta de precisión técnica por no haberse planteado por aparte cada uno de los tres motivos de casación que contiene el inciso 1º del numeral 1º del artículo 580 del C. de P. Penal.

1. Por lo que hace al primero de ellos conceptúa el Ministerio Público que no erró el sentenciador al tener en cuenta como una de las bases de agravación de la pena el rompimiento de la solidaridad social porque dice, el lugar en que se ejecutó el hecho así como la edad de la ofendida, las vinculaciones entre ella y los hijos del procesado y la personalidad de éste "causan un mayor trauma en el grupo social, aumentando en grados su gravedad".

La Sala, al examinar los motivos de agravación de la pena que en esta parte expone la sentencia recurrida, encuentra que no es el trastorno de la solidaridad social, en general, lo que toma en cuenta sino el valor que consiste en la "solidaridad entre personas agrupadas en un mismo barrio resi-

dencial, vecinas entre sí, y que si en ocasiones no tienen vínculos permanentes que las acerquen. al menos guardan las debidas distancias sin menoscabar con ataques aleves capaces de resquebrajar esos lazos de convivencia".

Se trata, pues, de un concepto particularizado, específico, de la solidaridad social, referible a personas determinadas, no aquél otro amplio que se proyecta sobre todo el conglomerado social, sin especificación de personas ni de sitios.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir se concluye que el sentenciador no quebrantó el principio "non bis in idem" al agravar la pena con base en el rompimiento de la solidaridad específica a que se ha hecho referencia ya que el hecho de convivir, en un mismo sector, con varias personas, impone a los vecinos deberes especiales de consideración por la comunidad de intereses y, a veces. hasta de afectos, que se forma entre individuos que residen a poca distancia unos de otros.

En el presente caso, esa vecindad creó vínculos entre la menor ofendida y los hijos del procesado, en forma que aquélla no experimentaba temor alguno de entrar en la casa de éste, como lo hizo el día de autos.

Aprovecharse de esa confianza es un índice de mayor peligrosidad en el agente y, por lo tanto, hizo bien el Tribunal en tomar en cuenta esa circunstancia para agravar la pena, basándose en la facultad que le da el artículo 36 del Código Penal para valorar las modalidades que acompañan al hecho delictuoso.

2. Por lo que hace a la acusación de haber violado el sentenciador la regla 7ª del artículo que se acaba de mencionar, en relación con el 316 inciso 2º del Código Penal, sostiene el Ministerio Público que lo que se tutela en esta última disposición es la falta de madurez psíquica de la persona ofendida y que si a esa violencia presunta se agrega la real o material, hay lugar a la agravación.

Concuerda la Sala con el concepto de la Procuraduría, porque, en verdad, la llamada violencia presunta, tipificada por la norma sustancial que se acaba de mencionar, contempla aquellos casos en que el acceso carnal en un menor de catorce años, se verifica con el consentimiento de éste. Pero si se hace sin su consentimiento, el hecho queda contemplado por el inciso 1º de esa norma, y es posible la agravación por la circunstancia que contempla el numeral 7º del artículo 37 del Código Penal.

3. Lo mismo cabe decir de la acusación que se hace consistir en haber violado el numeral 6º del artículo que se acaba de mencionar, ya que, en verdad, considera la Sala que delitos como el que se juzga son más graves cuando se cometen en el hogar, menospreciando el respeto que merece este santuario de la familia y demostrando así una mayor insensibilidad moral en el delincuente.

4. Por lo que hace al procedimiento empleado por el Tribunal para deducir la cuantía de la pena, considera el Procurador que fue correcto y que debe desecharse también este cargo.

La Sala comparte, una vez más, el criterio de su colaborador porque, en verdad, la referencia que hace al artículo 317 del Código Penal al Art. 316 ibídem, cuando dice que la pena señalada en el primero, se aumentará hasta en una cuarta parte en los casos por aquella norma contemplados, el primero de los cuales, que corresponde al hecho juzgado en el presente proceso, es el de haberse cometido el delito en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad, debe entenderse que abarca la pena tal como ha de quedar luego de que se la ha fijado, entre el máximo y el mínimo que el Art. 316 señala, ésto es, con los aumentos y deducciones que comporta la presencia de las circunstancias tanto de mayor como de menor peligrosidad y que sólo cuando se ha obtenido de esta manera la sanción corporal que corresponde al delito base, se hace el aumento que comporta la forma agravada del mismo.

Eso fue lo que llevó a cabo el sentenciador, al deducir primero, con aumento de las circunstancias de agravación de la pena atrás señaladas, la sanción que correspondía por concepto del artículo 316.

Y en nada erró al aumentar, sobre ese subtotal, la cuarta parte del mismo como resultado de aplicar la agravante que contempla el numeral 1º del artículo 317.

De lo anterior resulta que tampoco tiene razón el recurrente en su acusación subsidiaria que, por los motivos expuestos, se desecha".

A virtud de todo lo que se deja expresado, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA la demanda de casación a que se ha venido haciendo referencia y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JURADOS DE CONCIENCIA

La nulidad consagrada en el numeral 2º del Art. 211 del C. de P. P., sólo tiene operancia cuando un miembro del jurado que no aparece en la lista correspondiente participa en la diligencia de audiencia pública.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, julio cinco de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Villavicencio contra la sentencia de esa corporación, fechada el 20 de octubre último, por la cual, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad. **absuelve** a **José Eduardo Londoño Herrera** del cargo de doble homicidio culposo y de la sindicación de lesiones personales culposas, según hechos ocurridos el 17 de abril de 1969, en la carretera que conduce de Villavicencio a Restrepo.

Hechos y trámite del proceso

De acuerdo con la sentencia impugnada, se tiene lo siguiente:

"El día diecisiete de abril de 1969, siendo aproximadamente las siete y veinte de la mañana, a dieciocho metros del puente del caño 'Vanguardia', en la carretera que de Villavicencio conduce a Restrepo, se presentó una colisión de un camión, con placas D-97-476 que conducía Roberto Hernández (el que iba con dirección a Restrepo), con una camioneta de placas VP-39-63 conducida por José Eduardo Londoño (la que iba hacia Villavicencio). Los dos vehículos transitaban por la ruta indicada, ésto es, por la derecha; pero de un momento a otro la camioneta manejada por Londoño abandonó su carril pasando de su derecha a la izquierda de una manera súbita, quitándole la vía al camión y produciendo una fuerte colisión, de cuyo impacto resultaron muertos los señores Arturo Vargas Alfonso y Jesús Antonio Sánchez, a consecuencia de graves heridas que recibieron en órganos vitales, como el corazón, el hígado, los pulmones y el cráneo. Se dio como explicación del accidente la atravesada de la camioneta conducida por Eduardo Londoño".

Y, en cuanto al desarrollo del proceso, aparece lo siguiente:

Proferido el auto de proceder y cumplido el sorteo de jurados, resultaron elegidos Quintín Chaquea Rondón, Daniel Montenegro y Mariela Pacheco Zapata, como principales, y Luis Morales, José Carranza y Pablo Enrique Iregui, como suplentes.

Al ser comunicada la designación anterior, aparece la que fue hecha a "Mariela Pacheco Zapata" suscrita por "Lola de Pacheco" (Fl. 122) y por "Lola v. de Pacheco" (Fl. 125).

Realizada la audiencia pública, acudieron como miembros del Jurado Daniel Montenegro, Luis María Morales y Pablo Enrique Iregui. La respuesta negativa de éstos al cuestionario propuesto fue acogida por los juzgadores de instancia, en razón de lo cual fue absuelto el acusado, como se dejó dicho.

Demanda de casación

Invoca el demandante las causales cuarta y primera de casación, así:

Causal cuarta

Dice el Fiscal recurrente que "el fallo de segunda instancia fue dictado en un juicio

viciado de nulidad", por cuanto se hizo "figurar como miembro del jurado una persona que no aparece en la lista correspondiente", error éste erigido en motivo de anulación, de acuerdo con la regla segunda del artículo 211 del C. de Procedimiento Penal.

Casual primera

Expresa el actor que la sentencia es violatoria de la ley sustancial "por apreciación errónea y por falta de apreciación de varias pruebas".

Ahora bien:

La Procuraduría 2ª Delegada en lo Penal manifiesta que no coadyuva la demanda presentada por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Villavicencio porque, de una parte, quienes realmente intervinieron en la audiencia de juzgamiento sí formaban parte de la lista de jurados, y, de otra, el motivo de impugnación de que se ocupa el segundo inciso del ordinal 1º del Art. 580 del C. de P. P., no procede en los juicios en que interviene el jurado.

Considera la Corte

Encuentra la Sala, en cuanto a los motivos de casación traídos por el demandante, lo que sigue:

1º Causal cuarta

El motivo de nulidad alegado por el actor ha sido indicado en la ley de procedimiento de la siguiente manera:

a) En la Ley 94 de 1938 (C. de Procedimiento Penal derogado), se decía en el ordinal 4º del Art. 199 que, en los juicios en que interviene el jurado es causa de nulidad, "figurar en la lista de los sorteados para integrar..." el Tribunal popular... "alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados o que no tengan las cualidades para desempeñar el cargo".

b) En la reforma de 1964, Decreto 1358 de ese año, se expresó que en esos juicios es motivo de nulidad "figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente" (ordinal 2º del Art. 38).

c) Y en el estatuto ahora vigente (Decreto 409 de 1971) se dispone que en los mismos juicios es motivo de nulidad en dichos procesos, "figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente".

De las normas transcritas y principalmente de la que estaba vigente para la fecha en que se celebró la audiencia pública en este negocio (18 de mayo de 1970), se desprende que el hecho generador de la nulidad es el de que intervenga como juez de conciencia quien no aparece en la lista del respectivo Juzgado Superior.

Mal puede extenderse esta causal de nulidad en cuanto a quienes, sea como principales o como suplentes, no han cumplido ninguna función juzgadora, por no haber hecho parte del tribunal popular que intervino en la audiencia pública respectiva.

Buscan los preceptos transcritos, que quienes efectivamente cumplan la función de jueces de hecho lo hagan con el lleno de los requisitos señalados para su designación, entre los cuales está, es cierto, el de que figuren en la lista de jurados entre los cuales se haga el sorteo.

Y los señores Daniel Montenegro, Luis María Morales y Pablo Enrique Iregui, personas que integraron el Jurado en este negocio y quienes dieron respuesta al cuestionario que les fue propuesto en la audiencia de juzgamiento, sí formaban parte de la lista de jueces de hecho del Juzgado 2º Superior de Villavicencio.

El cargo, por tanto, no resulta demostrado y no prospera la causal de casación propuesta.

2º Causal primera

Ha sido constante la doctrina de la Corte en el sentido de que, en los juicios en que interviene el Jurado, no es pertinente el motivo de casación de que trata el inciso segundo del ordinal 1º del Art. 580 del C. de Procedimiento Penal, habida cuenta, de una parte, de la estimación que en conciencia hacen los jueces populares de los elementos de juicio, y de otra, de que un nuevo examen de las pruebas sólo permite la declaración de contraevidencia del veredicto, lo que está atribuido a los juzgadores de instancia.

No prospera, asimismo, esta otra causal de casación invocada por el actor.

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 del Tribunal Superior de Villavicencio, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Evencio Posada, Secretario.

REVISION

La Corte reitera anteriores decisiones. — El recurso de revisión no constituye una tercera instancia. — Las causales propuestas deben resultar demostradas para que el recurso prospere. — No basta con suscitar dudas sobre las pruebas que fueron tenidas en cuenta en la instancia, pues no es misión de la Corte hacer una nueva valoración probatoria. — Debe entenderse por "hechos nuevos" no sólo los nuevos elementos de prueba, sino los nuevos elementos de valoración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, julio cinco de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de revisión propuesto por el personero del procesado Próspero Velasco Rincón, con respecto al juicio que contra éste y Benjamín Velasco Rincón fue seguido en el Juzgado Superior de Bucaramanga y el Tribunal Superior de la misma ciudad.

El recurrente y Benjamín Velasco Rincón fueron condenados a la pena principal de seis años de presidio por el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, según sentencia de 24 de marzo de 1961, pena aquélla que ratificó el juzgador de segunda instancia en fallo de 11 de septiembre de 1962.

Hechos

Acoge el Procurador 1º Delegado en lo Penal la síntesis de lo ocurrido que en su concepto sobre el mérito del sumario hace el Fiscal del Juzgado de la causa, a saber:

"Consta de autos que en la tarde del día 17 de noviembre de 1957 se reunieron en la tienda que Aura María Valderrama administraba en el punto 'La Bricha', caserío perteneciente al Municipio de Macaravita, los ciudadanos Hernán Torres, Eusebio Rincón, José del Carmen Orjuela y un hijo de éste de nombre Juan José. La cita obedecía a que José del Carmen Orjuela debía entrevistarse con Rincón y Torres para tratar sobre un bazar que proyectaba celebrarse en el Corregimiento, evento para el cual Orjuela había sido designado como tesorero. Se tomaron algunas cervezas y terminado el objeto de la entrevista, cada cual salió camino de su casa.

"No habían andado sino cuadra y media cuando Próspero y Benjamín Velasco, que tenían alguna diferencia o enemistad con Juan Orjuela por motivos no muy bien establecidos en el proceso, extrayendo sus revólveres las emprendieron a balazos sin consideración alguna para las personas que acompañaban o se hallaban cerca de los Orjuela, hirieron levemente a José Orjuela, gravemente a Eusebio Rincón y mortalmente a José del Carmen Orjuela, quien trató de defenderse o de defender a su hijo con su revólver.

"Del inconsiderado abaleo también resultaron heridos Próspero Velasco y Patrocinio Cuadros, aquél seguramente en el intenso defensivo del occiso. José del Carmen Orjuela falleció cerca a la media noche del mismo día, a consecuencia de las heridas mortales que recibió" (Fls. 49 a 50).

Demanda y respuesta del Ministerio Público

En la demanda (con la cual fueron allegadas varias declaraciones recibidas extrajudicialmente, que fueron ratificados en el

término de prueba de este recurso extraordinario) propone el actor las siguientes causales de revisión:

a) La 3ª (Art. 584 del C. de P. P.): "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".

Expresa el apoderado de Próspero Velasco que "los testimonios de **Juan José Orjuela** y **Eusebio Rincón** son contrarios a la verdad en relación con los cargos hechos a Próspero Velasco, en cuanto se afirma que éste atacó sorpresivamente a Juan José Orjuela, disparándole el revólver y ocasionándole una herida. Constituye también falso testimonio cualquier afirmación relativa al hecho de que Próspero Velasco disparó arma alguna contra José del Carmen Orjuela y falta a la verdad Juan José Orjuela cuando dice: ...en este momento se le botaron a mi papá José del Carmen Orjuela y lo atacaron a tiros entre Benjamín Velasco y Próspero Velasco, habiéndolo herido gravemente del cual le ocasionó la muerte a mi padre, entre ambos le echaron plomo a mi papá, Próspero Velasco le daba por la espalda y Benjamín le daba de frente'."

b) La 5ª (Art. 584 del C. de P. P.): "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".

Dice el actor que son hechos no conocidos "en el proceso en que se condenó a los Velasco y que demuestran, por lo menos, la total inocencia de uno de ellos", los siguientes:

"1º Fueron José del Carmen Orjuela y su hijo Juan José, quienes en la tarde del 17 de noviembre de 1957; después de provocar verbalmente a Benjamín Velasco, dispararon injustamente contra él. Ante la peligrosidad actual del ataque de que fue víctima, Benjamín Velasco desenfundó su revólver y disparó repetidamente contra sus criminales atacantes, habiendo alcanzado con uno o más disparos al finado José del Carmen.

"2º Juan de la Mata Buitrago, quien se hallaba presente, respaldó en la acción defensiva a Benjamín y disparó su arma contra los Orjuela.

"3º Acabados los tiros de las armas de fuego disparadas por unos y otros, José del Carmen y Benjamín, esgrimiendo sendos cuchillos, se trabaron en una lucha cuerpo a cuerpo, lanzándose varias puñaladas y en un momento dado, Benjamín desistió de la lucha y tomó el camino de su casa, seguido de cerca por sus iniciales atacantes.

"4º Aparece en este momento Próspero y al ver la persecución que hacían los Orjuela armados de cuchillos, quiso intervenir con ánimo conciliador y pacífico, pero fue impedido al recibir un tiro de revólver disparado por Juan Sepúlveda, quien lo atacó alevosamente y por la espalda, habiendo logrado hacer impacto en el hombro derecho, lo cual frustró la intervención que hubiera podido tener en defensa de su legítimo hermano Benjamín Velasco, en ese momento amenazado de muerte por la actitud criminal de los dos Orjuela.

"5º Pero al aparecer, Próspero Velasco Rincón, en el lugar de los acontecimientos, ya estaba herido mortalmente José del Carmen Orjuela, ya se habían sucedido los disparos dirigidos contra él y su hijo Juan José, y como Próspero en ese momento no portaba arma de ninguna naturaleza, ningún disparo pudo haber hecho contra José del Carmen. No fue él tampoco quien atacó a Juan José Orjuela en la iniciación de la lucha armada, porque en ese momento se hallaba en casa de una señora de apellido Vásquez, y no como falsamente se afirma que estaba en compañía de su hermano Benjamín en el lugar de la plaza.

"6º Mientras que mi poderdante aparece en el proceso en el cual se le condenó sin antecedentes y con buena conducta anterior, no ocurre lo mismo con el occiso José del Carmen Orjuela, pues dicho sujeto realmente fue en el curso de su vida una persona de alta peligrosidad, de carácter violento y belicoso. Se afirma categóricamente por los vecinos de 'La Bricha' que él fue el homicida de Nepomuceno Velandia, primo hermano de los Velasco, a quienes guardaba profundo rencor, especialmente a Benjamín. Por dicho motivo, ocho días antes del de-

senlace fatal, Juan José Orjuela trató de agredir a Benjamín Velasco y lo desafió a que se mataran. La intervención de algunos amigos en ese momento presentes, evitó que se produjera el lance.

"7º 'La Bricha' es un pequeño caserío... muy cercano a los límites con Boyacá, pero no es un lugar aislado como se pretende en el proceso, pues en ese entonces tenía fácil comunicación con Chiscas y El Espino en el Departamento de Boyacá, lo mismo que con Macaravita, poblaciones todas de las que apenas dista unos diez kilómetros que fácilmente se pueden recorrer en el término de apenas una hora. A todos dichos lugares se podía entonces como hoy llegar en vehículos automotores, por las diferentes carreteras existentes, luego ningún aislamiento por falta de comunicaciones pudo obstruir la investigación de los hechos en que perdió la vida José del Carmen Orjuela.

"8º Próspero Velasco Rincón era dueño entonces y lo es todavía, de una finca distante apenas doscientos metros de la plaza de 'La Bricha'; en ella laboraba y vivía hasta el momento de ser apresado y encarcelado ocho años después de la sentencia que lo condenó a seis años de presidio, por un crimen que no cometió. Nunca antes fue buscado allí por autoridad alguna y tampoco huyó del lugar, porque su conciencia conoce su total inocencia.

"9º Finalmente, el proceso materia del presente recurso está viciado de nulidad supralegal por indebido procedimiento, al no haberse dado aplicación y cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 442 y siguientes del C. de P. P., vigentes para aquella época, ya que por auto de octubre 25 de 1960 se declaró ejecutoriado el auto de proceder y se abrió el juicio a prueba, sin antes dar los traslados de rigor al Ministerio Público y al apoderado de los llamados a juicio y además a las restantes partes intervinientes en el proceso. Esto determina que a mi representado se le juzgó y condenó sin darle todas las garantías constitucionales y legales de irrestricto y obligatorio cumplimiento (artículo 26 de la C. N.)".

El Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se niegue la revisión demandada, pues no prospera ninguna de las causales invocadas por el actor.

Dice el Ministerio Público:

a) En cuanto a la causal tercera aducida por el actor, "éste da por demostrada la supuesta falsedad de los testimonios estructurantes de la condena que sufre su cliente, sólo con la proyección de su criterio evaluativo personal... y con la contradicción que surge de las nuevas declaraciones tomadas extrajudicialmente y aquellas pruebas, declarantes ahora traídos que no ofrecen mayor credibilidad, dado caso que el lapso de tiempo corrido entre el día de los hechos y la fecha en que declaran induce, a lo menos, a presumir incapacidad de precisión en los detalles fundamentales que ellos narran, detalles que aún para personas desprevenidas que sorpresivamente se ven frente a unos acontecimientos como los acaecidos... escapan a la percepción, y más aún a la retención y exposición de ellos, pocos días después de presenciados". Observa el Ministerio Público, además, que "los deponentes no niegan la presencia de Próspero Velasco en el sitio y al momento de los acontecimientos sangrientos, sino que su negativa va hacia que éste no disparó contra José del Carmen Orjuela, ni que le vieron arma alguna. A lo sumo, dándole credibilidad a estos dichos, sólo se crea una duda sobre la conducta del condenado Velasco, mas no la falsedad de las afirmaciones de quienes, dentro del proceso, afirmaron que aquél sí disparó sobre Orjuela..."

b) Y en relación con el motivo quinto de revisión, "los hechos nuevos presentados en la demanda no reúnen las calidades requeridas para que fundamenten la revisión pedida, pues fueron materia controvertida en el proceso... ni de ellos se desprende la irresponsabilidad o inocencia del reo, ni siquiera el indicio grave demostrativo de esta misma situación".

Considera la Corte

El recurso de revisión, cuyo objeto es el restablecimiento de la justicia, no es una tercera instancia, sino la extraordinaria oportunidad que, por motivos taxativamente previstos, brinda la ley, motivos inspirados en la certeza o seria probabilidad de que el reo debió ser absuelto.

Como es obvio, la causal o causales que sean propuestas a los fines del recurso de

revisión, deben resultar demostradas para que prospere.

Pues bien:

1º Causal tercera

Es del caso anotar que, de los datos del proceso, se desprenden los siguientes hechos, tomados en cuenta en las instancias para condenar a los hermanos Próspero y Benjamín Velasco, en complicidad correlativa, por la muerte de José del Carmen Orjuela, hechos que pesados por el jurado determinaron su veredicto de responsabilidad de los acusados, por mayoría de votos.

a) Según la diligencia de levantamiento del cadáver (Fl. 2), al occiso se le encontraron nueve heridas ocasionadas con arma de fuego.

b) Los declarantes Juan José Orjuela (hijo del occiso), Eusebio Rincón, Ciro Duarte Blanco y Lino Blanco, señalan a los hermanos Velasco como autores de los disparos, de revólver dirigidos contra José del Carmen Orjuela. Dicen, en efecto:

1º) Juan José Orjuela (Fl. 54): "...en este momento se le botaron a mi papá José del Carmen Orjuela y lo atacaron a tiros entre Benjamín Velasco y Próspero Velasco".

2º) Eusebio Rincón (Fl. 56): "cuando yo caí del lado mío, los Velasco le dispararon a José del Carmen Orjuela".

3º) Ciro Duarte Blanco: "Pude darme cuenta, porque fue cerquita, que Próspero Velasco, apuntándole a José del Carmen Orjuela, le hizo blanco" (Fl. 59).

4º) Lino Blanco (Fl. 34): "vi a don José del Carmen herido y gritaba que Benjamín Velasco lo había matado..."

Pretende el actor que son falsos los anteriores testimonios y apoya su concepto en la declaración de otras personas, traídas dentro del recurso de revisión, personas que rinden testimonio cerca de catorce años después de ocurridos los hechos y cuya credibilidad, por tal motivo, "no es de mayor convencimiento", como observa el Procurador Primero Delegado en lo Penal, habida cuenta de lo extraño que resulta mantener el recuerdo de detalles en acontecimientos tan lejanamente ocurridos.

Estos declarantes anotan:

1º) José Amílcar Duarte (Fl. 68, Cd. Corte): "por la época en que recibió muerte violenta el señor José del Carmen Orjuela, yo vivía en la región de 'La Bricha', pero en la forma en que ocurrieron los hechos nada me consta, pues no me hallaba presente".

2º) Cleotilde Esteban de Valenzuela (Fl. 77 v. del Cdrno. Corte): "es mentira de que ese día le hubiera disparado Próspero Velasco a José del Carmen Orjuela, porque Próspero Velasco no estaba ahí cuando los tiros... Próspero Velasco llegó fue al fin de la riña..."

3º) Carlos Pérez Sandoval (Fl. 79 Cdrno. Corte): "El que disparó de frente a don José del Carmen Orjuela fue Benjamín Velasco, en ese momento no vide a Próspero Velasco por ahí; después de que pasó el candeleo, yo lo vide, pero no le estaba echando plomo; yo no le vide arma a éste".

4º) Imbania de Solano (Fl. 84 v. del Cdrno. Corte): "En esos momentos del tiroteo, yo no vide a don Próspero Velasco..."

5º) Moisés Cruz (Fl. 86 v. del Cdrno. Corte): "Yo no vi ese día que le hubiera disparado Próspero Velasco a don José del Carmen Orjuela, pues cuando yo vi a don José del Carmen Orjuela, estaba parado y ya estaba herido".

6º) Peregrina de Vásquez (Fl. 88, Cdrno. Corte): "Yo oí el tiroteo, más no lo ví, porque yo no salí de mi casa. Aclaro que cuando estaba en mi casa Próspero Velasco se oyeron bastantes disparos y cuando éste se salió, ya había pasado la mayor parte del tiroteo y sonaron ya fue uno".

7º) Ciro Morales (Fl. 90, Cdrno. Corte): "A Próspero Velasco durante el abaleo ese día que vengo relatando, no lo ví por ahí".

8º) Bonifacio Camacho (Fl. 92 del Cdrno. Corte): "Ese día de los hechos lo ví en la Bricha..." (a Próspero Velasco)...", pero en ese instante de los hechos no lo vi, pero a otro ratico sí lo ví en el sitio de los hechos, pero en el preciso momento del tiroteo no lo ví".

9º) Lastenia Duarte de Camacho (Fl. 95 Cdrno. Corte): "Yo de eso no sé nada, porque me encontraba en la cocina y al rato salimos y ya escuché que a don José Orjuela lo habían herido y no sé nada más".

10). Jerónimo Pérez (Fl. 96 Cdrno. Corte): "no es cierto, yo no vi eso, yo no le vi arma a Próspero Velasco..."

11) Juan Oviedo Mora (Fl. 99 Cdrno. Corte): "Yo ese día yo no vi disparar a ninguno, pues cuando nosotros salimos de la casa de Juan Sepúlveda, ya había pasado el plomeo".

12) Patrocinio Cuadros Pérez (Fl. 106 del Cdrno. Corte): "él..." Próspero Velasco... "no hizo absolutamente nada, no tenía ninguna arma..."

Y no solamente por lo que observa el Ministerio Público en cuanto a la poca credibilidad de declarantes que anotan detalles de hechos tan lejanos en el tiempo, sino por lo extraño que resulta que tan numerosos testigos no hubieran rendido declaración oportunamente, cuando el Juez Municipal de Marcaravita perfeccionó el sumario, cabe concluir que con tales testimonios no puede darse por comprobada la falsedad de las declaraciones de cargo, ya citadas atrás, en las cuales fundamentaron los jueces de hecho y de derecho la responsabilidad de Benjamín y Próspero Velasco en el delito de homicidio porque fueron condenados.

La Corte, en sentencia de 12 de noviembre de 1943 (G. J., T. LVI, Pág. 461) expresa:

"Para ser viable un recurso de revisión, o sea para obtener que la Corte ordene surtir de nuevo un juicio fenecido ya, no basta suscitar duda, por grave que ella pueda ser, sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en aquel juicio, o sobre los posibles errores de apreciación en que el sentenciador incurriera. El recurso de revisión no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o de sospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio; así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros o aún entre dos testimonios de un mismo declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no puede subsanarse por la Corte. Por la simple lectura de la causal tercera se ve claro que la ley no autoriza a la Corte para que examine en general motivos o circunstancias, que hayan podido determinar el fallo o sentencia, sino que circunscribe la contemplación de esa propiedad determinadora o la que puedan haber tenido las pruebas del proceso de cuya revisión se trata y que luego resulten ser falsas".

Y más recientemente, dijo esta Sala:

"Si se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada, que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible e irresistible que origine fuerza mayor, o causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia" (Sent. de 29 de agosto de 1960, G. J., T. XCIII, Pág. 231).

Es suficiente lo anotado para concluir en que la causal tercera de revisión no está comprobada.

2º Causal quinta

Tampoco resulta demostrado este motivo de revisión propuesto por el demandante, porque los hechos que indica el actor, del primero al octavo, fueron ya materia de los debates en las instancias y de ellos no se desprende la inocencia o irresponsabilidad del citado Próspero Velasco; y, en cuanto al indicado en el ordinal noveno, no es él elemento de juicio, sino la invocación de un supuesto vicio de procedimiento, al cual el demandante le da el alcance de causal de nulidad, cuestión ésta ajena al recurso de revisión.

En cuanto al motivo quinto que trae el artículo 584 del C. de Procedimiento Penal, dijo la Corte en providencia de diez de mayo último lo que pasa a transcribirse (Revisión de Jesús Antonio Giraldo Gómez):

"No existe diferencia sensible entre 'hechos nuevos' y 'pruebas no conocidas al tiempo de los debates', para efectos de la revisión. Lo importante para el éxito de este singular medio de impugnación es que se aporten elementos de persuasión, de cualquier origen, distintos de los examinados por el fallador, vale decir, no aducidos al proceso aunque hubieran tenido existencia en

el curso del mismo y hubieran podido allegarse antes del fallo, que hagan presumir fundadamente el error judicial cometido en la sentencia, por la condenación de quien puede ser inocente porque el hecho tenido como delito no existió, o no tuvo alcances penales, o no lo cometió ni intervino en su ejecución el condenado, pues la revisión persigue la prevalencia de la justicia material sobre la formalmente declarada.

"La novedad del elemento de convicción no debe entenderse como hecho surgido materialmente después de la decisión jurisdiccional contra la cual se dirige la impugnación, ésto es, como hecho de creación ulterior a la sentencia de condena, sino en el sentido de no haber sido valorado por los juzgadores, por la no presencia en el proceso.

"Comentando el numeral 3º del Art. 554 del C. de P. P. Italiano, que prevé como causal de revisión la sobreveniencia de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, en formulación semejante, por ese aspecto, a la ley colombiana, apunta Giovanni Leone:

'Comencemos por reafirmar —en adhesión a la opinión doctrinal y jurisprudencia general— que no hay diferencia alguna entre hechos nuevos y nuevos elementos de prueba. El mantenimiento de la doble formulación —pese a las perplejidades y conjeturas surgidas bajo el imperio del Código anterior— sólo puede explicarse desde el punto de vista de una consideración de oportunidad, ya que la supresión de una de las formulaciones podía haberse interpretado como innovación limitativa. En sustancia, pues, lo que es necesario es que hayan surgido nuevos elementos de valoración (con esta expresión, de aquí en adelante, queremos referirnos tanto a los nuevos elementos de prueba como a los nuevos hechos), cualquiera que sea la fuente de donde provengan' ("Tratado de Derecho Procesal Penal, v. III, Págs. 268 y 269).

"Y Vincenso Manzini escribe sobre el tema:

'Nuevos hechos o nuevos elementos de prueba son expresiones equivalentes, ya que también los 'hechos' deben ser elementos de prueba, toda vez que la ley sólo los admite en cuanto tengan eficiencia probatoria. Sólo se ha querido indicar que ningún elemento de prueba (véase v. III, Nº 298) se debe considerar excluido'. Y agrega el autor: 'Entran en esta categoría, por ejemplo, el hecho (ya específica y exclusivamente previsto por el Código de 1865), por el que, después de una condena por homicidio, conste de la existencia de la persona que se había supuesto muerta (pero, como ya lo advertimos, no se admite la revisión para degradar el homicidio consumado a tentativa); la comprobación de que el condenado estaba muerto cuando se cometió el delito; el certificado que demuestre una coartada evidente o la inexistencia del hecho por el que se siguió condena; el descubrimiento científico que quite toda base a la condena; el encuentro de las cosas supuestamente robadas y que habían sido, en cambio, escondidas o extraviadas por el pretendido robado; la existencia de un documento que se había creído destruido; las deposiciones de nuevos testigos o las retractaciones de los ya examinados; y todo otro hecho imaginable que tenga la eficiencia probatoria requerida por la ley'. (Tratado de Derecho Procesal Penal, T. V, Págs. 274 y 275)".

Y, con toda razón, observa el Ministerio Público, en cuanto al alcance de los supuestos "hechos nuevos" o "nuevos elementos de valoración" (al decir de Giovanni Leone), que relaciona el demandante, que 'ellos fueron materia de la controversia en el proceso, analizados por los sentenciadores de instancia..., y la ubicación geográfica del caserío 'La Bricha' así como la mención de las propiedades inmuebles del condenado, en nada inciden sobre la demostración de inocencia de éste".

No prospera, según lo anotado, la revisión demandada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, NIEGA LA REVI-

SION del juicio de que se ha hecho referencia.

Dése cumplimiento a lo ordenado en el tercer inciso del Art. 587 del C. de Procedimiento Penal.

Cópiese y notifíquese.

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

Evencio Posada, Secretario.



COPIAS DE PROCESOS

Cuando un juez realiza la práctica de pruebas y posteriormente envía copias por competencia a otro funcionario, estas diligencias judiciales tienen pleno valor y no es necesario abrir nuevamente investigación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio diez y ocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de 18 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar, confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Superior de ese Distrito Judicial, con la sola modificación de rebajar a 22 años la pena de 24 de presidio que le había impuesto el inferior a Aquilino Rincón García por el delito de homicidio triple, interpuso el procesado, en tiempo oportuno y le fue consedido, recurso extraordinario de casación, que, declarado admisible por esta Sala, se tramitó conforme al rito legal, habiendo llegado el momento de resolverlo.

Hechos y actuación procesal

Los primeros los resume el Juez 23 de Instrucción Criminal en la forma que aparece a continuación y que por considerarla fiel trasunto de los mismos la Sala recoge en gracia de brevedad:

"El día cinco de octubre del presente año, una patrulla de la Base Militar de San Martín. Río de Oro. comandada por el Sargento 2º Reinoso Torres Alberto, compuesta de siete soldados y en la cual marchaba un particular. como informante, de nombre Aquilino Rincón García, salió hacia la región de 'El Pescado', cumpliendo una orden emanada del Comandante de dicha Base, consistente en '...capturar o dar de baja a la cuadrilla Comandada por el Mono 'Ariza' del cual se tenía conocimiento que se encontraba en dicho sitio...'

"Dan cuenta los autos de que, una vez llegó dicha patrulla al objetivo, identificado como la casa de habitación de Fermín Ruiz, luego de esperar un tiempo prudencial, procedieron a capturar a sus moradores, sin que éstos opusieran resistencia, y quienes resultaron ser los siguientes: Fermín Ruiz, Juan Caballero, Roberto Fuentes, Antonio Jaimes y José Cecilio Gómez, procedieron luego a la requisa de la casa, encontrando un fusil 'famage', un gras, una escopeta de fisto y una pequeña cantidad de munición y varios objetos de uso personal. Luego de amarrar a los capturados las manos atrás se emprendió el regreso hacia la base por camino diferente al de la venida, y cuando llevaban como una hora de camino, la patrulla hizo alto, y luego el informante Aquilino Rincón, en circunstancias aún no suficientemente establecidas, abrió una trocha que permitió el acceso a un hoyo natural, distante como doscientos metros del camino que llevaba la patrulla. Una vez en ese sitio, los soldados, por orden del Sargento Reinoso, acercaron a dicho hoyo a los capturados Roberto Fuentes, Antonio Jaimes y José Cecilio Gómez; seguidamente, Aquilino Rincón, el informante, luego de preguntarles en presencia del Sargento, Comandante de la patrulla, por el autor de la muerte de un hijo suyo, y por unos revólveres, disparó con un revólver que portaba, de su propiedad, a cada uno de esos tres capturados, quienes se encontraban con las manos amarradas atrás, dejando sus cuerpos ocultos

con ramas en el mencionado hoyo. Acto seguido el Sargento Reinoso, Aquilino Rincón y tres soldados que presenciaron estos hechos, volvieron al sitio en donde habían quedado los capturados Fermín Ruiz y Juan Caballero por cuatro soldados, prosiguiendo la marcha hacia la carretera que conduce a la Base Militar de San Martín. Al llegar a una hondonada, en un lugar en donde confluyen dos quebradas, el Sargento ordenó hacer alto. Mandó luego colocar a Juan Caballero hacia un lado del camino, quebrada izquierda, y a Fermín Ruiz al lado derecho del camino, pasando la quebrada de la derecha. El Sargento ordenó luego al soldado Villamizar disparar contra Juan Caballero y después al soldado Sierra que le disparara a Fermín Ruiz. Los soldados cumplieron la orden, disparando primero el soldado Villamizar, quien de un solo disparo dio muerte a Juan Caballero; instantes después el soldado Sierra disparó a Fermín Ruiz, quedando éste tendido en el suelo herido de gravedad, ante lo cual el Sargento ordenó al soldado Fernández Blanco Víctor Manuel rematarlo de un tiro, pero el soldado Fernández se negó a cumplir la orden. Entonces el Sargento ordenó al soldado Mogollón hacerle un tiro, y con ese segundo disparo quedó muerto Fermín Ruiz. Estos dos capturados también se hallaban con las manos amarradas atrás cuando se disparó contra ellos. Luego el Sargento ordenó colocar los dos cadáveres sobre una mula que mandó conseguir en una casa vecina al lugar de los hechos, y prosiguieron la marcha hacia la carretera que conduce a la Base Militar de San Martín".

La investigación fue iniciada por el Juez de Instrucción mencionado, previa comisión que, en tal sentido, le impartiera el Comando de la Quinta Brigada, que, una vez perfeccionada en lo posible, ordenó, por auto de 28 de octubre de 1969, enviar uno de los dos cuadernos de copias del sumario al Juez Superior (reparto) de Valledupar para que, por razón de competencia, avocara el conocimiento del delito de homicidio de que se sindicó al particular Aquilino Rincón García (Fl. 215) decisión a la que dio cumplimiento por providencia de 24 de noviembre del mismo año (Fl. 320), habiéndole correspondido el conocimiento al Tercero Superior de Valledupar, que lo avocó por auto de 19 de enero de 1970 y que, en providencia de 25 de febrero de ese año, abrió causa criminal contra Rincón García por los delitos de homicidio con caracteres de asesinato cometidos en Roberto Fuentes Contreras, Antonio María Jaimes y José Cecilio Gómez.

Esta providencia no fue apelada, por lo cual siguió adelante el juicio, durante el cual se agregaron a los autos copias de algunas diligencias tomadas del sumario que se adelantó contra el Sargento segundo Alberto Reinoso Torres y otros y que aparecen debidamente autenticadas por el Secretario del Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, con el "visto bueno" del Juez (Fls. 415 a 430).

La audiencia pública en la presente causa, se llevó a cabo el 6 de agosto del año pasado y al terminar la cual los jurados contestaron con un "sí es responsable" los tres cuestionarios (uno por cada víctima) que fueron sometidos a su consideración.

Comoquiera que el Juez hallara aceptables esas respuestas, dictó la sentencia correspondiente, que lleva fecha 12 de agosto de ese año, y en la que condenó a Aquilino Rincón García a la pena principal de 24 años de presidio y a las accesorias del caso así como al pago de los perjuicios causados con la infracción.

El Tribunal Superior, por medio de la sentencia que es objeto del presente recurso extraordinario, modificó, como ya se dijo, la del Juez, para fijar en 22 años de presidi la pena principal, confirmándola en el resto.

Demanda de casación, concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte

Para mayor claridad en los fundamentos de la resolución que ha de tomar esta Sala, se procede a continuación a resumir los dos cargos que se formulan contra la sentencia, así como también el concepto del Ministerio Público a fin de exponer, en seguida, lo que la Corte considera pertinente:

Cargo primero

Lo formula el demandante en el marco de la causal cuarta de casación, por considerar que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad de rango

constitucional porque, en su concepto, no hubo sumario en el presente caso ya que, afirma, "al Juzgado Tercero Superior le fueron repartidas unas copias y sin siquiera abrir investigación avocó el conocimiento y ordenó correr traslado a las partes para alegar".

Agrega que el Juzgado en mención no tenía por qué avocar el conocimiento ya que no se trataba de que el proceso le hubiera sido pasado a él por competencia, por cuanto del mismo seguía conociendo la Justicia Penal Militar y que lo único que ésta hizo fue dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 12 del C. de P. Penal de denunciar ante la autoridad competente cualquier hecho considerado como delito, suministrándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes y que dicho Juzgado debió, al recibirlas, abrir la investigación, en lugar de lo cual la declaró cerrada, pretermitiendo toda una etapa procesal, la del sumario, con violación del artículo 26 de la Carta y privando, al mismo tiempo, de defensa, al procesado.

El Procurador Primero Delegado Penal, al responder este cargo, dice, en síntesis, que las copias del sumario seguido contra el procesado Rincón García y algunos miembros de las Fuerzas Armadas, no aparecieron por que sí, en manos del Juez Tercero Superior de Valledupar sino que le fueron enviadas en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 311 y 313 del Código de Justicia Penal Militar, especialmente de lo estatuido en el inciso 2º de la primera de esas normas en donde se dice que "cuando se trata de delitos cometidos conjuntamente por persona sometidas a la jurisdicción castrense y por otras que no lo estén, también deben enviarse las copias necesarias para que ambas jurisdicciones puedan conocer de lo que les corresponde" por lo cual pide que se rechace el cargo.

La Sala está de acuerdo con la Procuraduría ya que, en primer lugar, no es cierto que las copias del sumario hubieran sido pasadas a la justicia ordinaria en obedecimiento de lo dispuesto por el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal vigente (Art. 10 del anterior), como dice el demandante, sino, que como claramente lo expresó el auto de 28 de octubre de 1969, dictado por el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, el envío se hizo por competencia (Fl. 215), ésto es, por tratarse de un particular que había ejecutado un hecho de cuyo conocimiento es competente la justicia ordinaria, y, de modo específico el Juez Superior.

En segundo término, tampoco es verdad que éste, al recibir las copias, debió declarar abierta la investigación.

Esas copias provenían de un Juez de Instrucción que, en obedecimiento a una comisión a él impartida por el Comando de la Quinta Brigada, adelantó la investigación hasta su perfeccionamiento, siendo competente para ello y obrando dentro de los límites de la comisión.

Es decir, se trataba de pruebas legalmente producidas dentro de un proceso y que sólo se separaron del mismo por razón de un mandato legal en tal sentido contenido en el inciso 2º del ya mencionado artículo 311 del Código de Justicia Penal Militar.

Siendo esas copias documentos públicos ya que provenían de un funcionario competente que actuó en ejercicio de sus funciones, no se ve por qué debía el Juez Superior desconocerles su pleno valor probatorio y abrir de nuevo la investigación para producir esas mismas pruebas.

En tercer lugar, tampoco es cierto que al procesado se le hubiera menoscabado su derecho de defensa, pues tuvo durante la investigación llevada a cabo en el citado Juzgado de Instrucción, las oportunidades legales para ejercitarlo.

De lo anterior resulta que el cargo es totalmente infundado y, por lo tanto, se desecha.

Segundo cargo

Lo formula con carácter subsidiario y lo hace consistir el demandante en que, según su criterio se debe casar la sentencia con base en la primera causal de casación, ésto es, porque considera que hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas por cuanto se tuvieron como tales las producidas en el proceso iniciado por la Justicia Penal Militar, a propósito de lo cual repite los argumentos con que sustentó el cargo anterior, insistiendo en que debían ser ratificadas en el nuevo proceso y añadiendo que

les faltaba un requisito para que pudieran ser tenidas como válidas, a saber, la autenticación por el Secretario del Juzgado mencionado y que, además, no fueron incorporadas al proceso mediante auto en que el juez así lo ordenara.

En consecuencia, considera violados los artículos 218 a 221 del C. P. P. que establecen la manera como deben practicarse las pruebas, 223 a 228 ibídem porque, según afirma, dio por practicada una inspección judicial que no fue llevada a cabo dentro del proceso; 236 a 260 Id. Id. por no recibir la ratificación de los testigos y 381 a 416 Id. Id. por no haberse oído en indagatoria al procesado Rincón García.

El Procurador, al contestar este cargo, da por reproducidas las razones que expuso al solicitar que se rechazara el anterior, añadiendo que ya es doctrina constante de esta Sala que no se puede invocar la causal primera de casación en su aspecto de error en la apreciación de las pruebas cuando se trata de juicios con intervención del jurado ya que para desconocer la voluntad de éste tiene que usarse la competencia que las normas de procedimiento otorgan a los jueces de instancia para declarar contraevidente el veredicto, cosa que no puede ser motivo de casación.

Pide, en consecuencia, que se rechace el cargo.

Así habrá de hacerlo la Sala, por las razones ya expuestas al estudiar el cargo anterior, ya que éste no es sino una repetición del primero, presentado en sede distinta, es decir, no ya como nulidad sino como violación indirecta de la ley.

Y es que, como ya se dijo, no se violó ninguna norma por el Juez de primera instancia ni por el ad-quem al aceptar como legalmente producidas las pruebas que practicó el Juez 23 de Instrucción Penal Militar, que es un funcionario de instrucción igual a los demás, sólo que adscrito a la Justicia Castrense, razón por la cual no había para qué se dictase por el Juez Superior, a quien por competencia y previo reparto correspondió el conocimiento de los hechos atribuídos al procesado Rincón García, un nuevo auto de apertura de investigación ni se dispusiera llevar a cabo nuevamente la averiguación de los hechos.

A esto se añade, que, como la advierte la Procuraduría, no es admisible la causal de casación consistente en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, cuando se trata de juicios en que interviene el Jurado porque, como tantas veces lo ha dicho la Sala, este es autónomo en la apreciación de las probanzas y si su veredicto resulta contrario a la evidencia de los hechos, corresponde al Juez de la causa y al Tribunal, en su caso, declararlo, facultad que no está concedida a la Corte.

Finalmente, tampoco es cierto que la investigación estuviera constituida por copias sin autenticar porque, como ya se dijo, los documentos enviados por la justicia castrense, no sólo llevan la firma del secretario del Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar sino también la del Juez, como que, en realidad, no se trata de simples copias, sino del cuaderno duplicado del expediente que ostenta los mismos signos de autenticación del principal.

Se rechaza por ello, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA la demanda de casación que ha dado origen a la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 63 del C. P., dispone que el manicomio criminal es para los alienados que cometan delitos sancionados con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. — Esta última condición es distinta de la primera y en virtud de ella deben ir a ese lugar los infractores peligrosos, aunque el hecho cometido no se sancione con presidio. Si expresamente se hace esta distinción, debe entenderse que el manicomio criminal no puede recibir a los que padecen grave anomalía psíquica, cualquiera que sea el juicio sobre su peligrosidad. Diferencia entre alienados y pacientes de grave anomalía psíquica. — Nada impide imponer la libertad vigilada a quienes padecen grave anomalía psíquica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto primero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto por el procesado Guillermo Plazas Rodríguez contra la sentencia del 25 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en la cual confirmó la que había dictado el Juez Penal del Circuito de Sogamoso, con fecha 26 de septiembre del mismo año, por el delito de peculado en caudales pertenecientes al Tesoro del Departamento de Boyacá.

El funcionario de primera instancia condenó a Plazas Rodríguez a "internación en manicomio criminal por el término de dos años, como responsable del delito de peculado en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, hecho cometido entre el 23 de mayo de 1962 y el 22 de abril de 1965 y por el cual se le llamó a responder en juicio". También profirió condena de restitución de la suma de cuarenta y dos mil quinientos veintitrés pesos con sesenta y siete centavos, valor total del alcance que se le había deducido.

Antecedentes

Guillermo Plazas Rodríguez desempeñaba el cargo de Recaudador de Rentas Departamentales en el Municipio de Firavitoba y en el mes de abril de 1965 fue visitado por un delegado de la Contraloría, quien concluyó que el Recaudador había hecho uso indebido de cuarenta y dos mil quinientos veintitrés pesos con sesenta y siete centavos, entre el 23 de mayo de 1962 y el 22 de abril de 1965, fecha de la visita. Iniciada la investigación y aportadas todas las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, el Juzgado Penal del Circuito de Sogamoso dictó el auto de calificación llamando a responder en juicio criminal al procesado, encuadrando su responsabilidad en el Título III, Capítulo 1º, Libro II del Código Penal y el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, en armonía con el 29 del estatuto represor, porque el peculado fue cometido en estado de grave anomalía psíquica debido a una psiconeurosis de constitución epileptoide, diagnosticada por los peritos médicos de la Oficina Central de Bogotá.

Entre las pruebas analizadas figura la confesión del procesado, quien aceptó el faltante que se le había deducido en el acta de visita, sin que diera explicación adecuada de su conducta.

Sobre estos fundamentos se dictó el fallo condenatorio, que ahora se revisa, dando aplicación al artículo 63 del Código Penal (relegación a manicomio por el término de dos años), de acuerdo con el artículo 64 de la misma obra.

La demanda de casación

La apoderada especial del procesado fundó el recurso extraordinario en demanda oportunamente calificada, cuya síntesis se hace a continuación invocando la causal de que trata el cuerpo 1º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues, a su juicio, el fallo recurrido "es violatorio de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 63 del código de las penas".

Como desarrollo de este enunciado, el libelo estudia el artículo 29 del Código Penal, que, "comprende tres formas centrales de actividad psicopatológica que pueden acompañar al delincuente al tiempo de cometer el hecho". La primera es la enajenación mental, o sea la psicosis propiamente dicha, que trastorna básica, general y persistentemente las funciones psíquicas. La segunda es la intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia. Y la tercera, es la grave anomalía psíquica, concepto criticado desde los puntos de vista médico y jurídico, pero que en definitiva ha tenido que aceptarse independientemente de los otros dos estados, porque, sin desquiciar la personalidad, socavan o anulan los sentimientos y las fuerzas volitivas.

Continúa diciendo:

"Es evidente que el procesado Guillermo Plazas Rodríguez, por la época en que cometió el delito de peculado por el cual se le condenó, obró bajo los efectos de una grave anomalía psíquica. Así lo reconoció el médico legista oficial en el concepto de los folios 186 y ss. del cuaderno número 1. Ese estado mental fue aceptado en el auto de proceder y en la misma sentencia recurrida. Plazas Rodríguez no sufrió de enajenación mental ni se encontraba en estado de intoxicación crónica por cualquier substancia".

En estas condiciones el fallo acusado, en cuanto impuso reclusión en un manicomio criminal, violó el artículo 63 del estatuto represor, por aplicación indebida, ya que esa medida de seguridad sólo debe aplicarse a los enajenados mentales autores de infracciones sancionadas con presidio o cuando su situación revele especial peligrosidad en ellos. Al procesado se le puede imponer únicamente internamiento en Colonia Agrícola Especial, aunque los peritos aconsejen la libertad vigilada. Así lo ha dispuesto la Corte Suprema en reiteradas jurisprudencias, cuyos extractos transcribe la actora, según los cuales "el manicomio criminal puede servir para recluir a los alienados que cometan delitos castigados con pena de presidio y que la Colonia Agrícola Especial no ha sido destinada para los alienados, sino más bien para los delincuentes que padecieren de grave anomalía psíquica". (Sentencias de 18 de octubre de 1966, 18 de octubre de 1968 y 28 de marzo de 1969).

Concluye pidiendo que se invalide parcialmente el fallo recurrido y se condene al procesado a la libertad vigilada por un término no menor de dos años, de acuerdo con el artículo 67 del Código Penal; y subsidiariamente pide se sentencie a Plazas Rodríguez a reclusión en una Colonia Agrícola Especial para anómalos psíquicos, por un término no menor de un año, según los artículos 61 y 64 de la obra citada, descontando como parte de la medida adoptada el tiempo que lleva en libertad bajo vigilancia; todo en armonía con los artículos 681, 682, 683, 684 y 687 del estatuto procesal. Para este efecto se tendrá en cuenta, observa la actora, el criterio elástico señalado en el artículo 61.

La petición sobre libertad vigilada trae este fundamento:

"Erróneamente se ha creído que la libertad vigilada no es aplicable como sanción a los delincuentes anómalos que han cometido delitos. Esta interpretación es incorrecta porque el artículo 68 al establecer que 'A los delincuentes de que trata el artículo

29 se aplicará la libertad vigilada, como sanción principal, en caso de contravenciones', no está prohibiendo que tal medida sea impuesta al autor de un delito, sino simplemente está ordenando que cuando lo que se imputa no es un delito, sino una contravención debe aplicarse necesariamente esta medida como sanción principal, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 61 del C. P. relaciona la libertad vigilada como una de las sanciones aplicables genéricamente a los delincuentes a que se refiere el artículo 29, que habla de 'al tiempo de cometer el hecho', sin discriminar entre delito y contravención".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, Encargado, en su concepto de fondo, solicita invalidar parcialmente la sentencia recurrida y hacer el señalamiento de la medida de seguridad aplicable al procesado, en lugar de la reclusión en un manicomio, pues "el procesado cometió el hecho en estado de grave anomalía psíquica, sin que se afirme o resulte expresamente que tal estado corresponda a enajenación mental o pueda equipararse a ésta, como sería necesario para la procedencia de la medida de manicomio criminal, ya que como lo consideran los comentaristas, la grave anomalía psíquica no equivale necesariamente a alienación mental, aunque los enajenados padezcan de grave anomalía psíquica".

Transcribe el Agente del Ministerio Público la sentencia de 18 de octubre de 1966, en la cual la Corte reconoció la diferencia entre la enajenación mental propiamente dicha y la grave anomalía psíquica, diferencia admitida igualmente en otros fallos, con el efecto práctico siguiente:

"El manicomio criminal se aplica: a) a los alienados que cometan delitos para los cuales se haya señalado pena de presidio, y b) a los alienados especialmente peligrosos, cualquiera que sea la pena señalada para el delito (Art. 63). En consecuencia, el manicomio criminal es exclusivo para los alienados o enajenados mentales. Nunca se puede imponer esta medida a los delincuentes que padecen de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, pero no es forzoso llevar siempre a los alienados a manicomios criminales".

Como aparece de la pericia médica, el procesado no sufría de enajenación mental ni de intoxicación crónica, sino de grave anomalía psíquica, y por ello no debe ser recluído en manicomio criminal conforme al artículo 63 del Código Penal, ya que, "por otra parte, su personalidad no resulta especialmente peligrosa según el dictamen referido y las constancias procesales... Así, no es aplicable el artículo 63 del C. P. y debe prosperar el cargo, para imponer al procesado reclusión en Colonia Agrícola por el término mínimo de un año, aunque el hecho delictuoso se encuentre reprimido con pena de presidio, por las razones ya expresadas, sin que tampoco resulte aplicable la libertad vigilada, como se pide en la demanda, porque esta medida está prevista como medida principal en caso de contravenciones y no para hechos de la gravedad del que es materia del proceso".

Consideraciones

La grave anomalía psíquica, que el Código sitúa conjuntamente con la enajenación mental y las toxicofilias en el artículo 29, puede ser tratada por cualquiera de los procedimientos, que, bajo el nombre de "medidas de seguridad" establece el artículo 61 en relación con el 62, el 63 y el 64 del mismo estatuto, a saber: a) recluyendo al agente en un manicomio criminal; b) internándolo en una Colonia Agrícola Especial; y c), confiándolo a su familia, a una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato, por un tiempo no menor de dos años, que es en lo que consiste la libertad vigilada según el artículo 67.

Las otras medidas de que trata el artículo 61, o sea el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas y la prohibición de concurrir a determinados lugares se imponen exclusivamente a los sujetos afectados por cualquier toxicofilia, de conformidad con los artículos 65 y 66.

Dado el carácter curativo de las medidas de seguridad y el objeto que con su aplicación se propone el Estado, el juzgador dispone de amplio arbitrio para escoger la

que más convenga para corregir la irregularidad de que se trata, pues la ley no determina previamente, ni podía hacerlo, por qué medios pueden tratarse cada una de esas alteraciones. Pero lo indicado es apoyarse en la pericia psiquiátrica, mayormente cuando ésta, al precisar la entidad nosológica, sugiere el tratamiento, hecho que facilita el cumplimiento de los fines propuestos al instituir un régimen distinto del estrictamente penológico para los enfermos de la mente en cualquiera de los estados a que se refiere el artículo 29: enajenación mental, intoxicaciones crónicas por el alcohol u otra clase de sustancias, y grave anomalía psíquica.

Sin embargo, es necesario aclarar que de los propios textos legales surgen variantes de obligatorio reconocimiento. Así, el artículo 63 del Código dispone que el manicomio criminal es para los alienados que cometan delitos sancionados con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Esta última condición es distinta de la primera y en virtud de ella deben ir a ese lugar los infractores peligrosos, aunque el hecho cometido no se sancione con presidio. Si expresamente se hace esta destinación, debe entenderse que el manicomio criminal no puede recibir a los que padecen grave anomalía psíquica, cualquiera que sea el juicio sobre su peligrosidad. La ley no menciona este régimen sino para los alienados, es decir, para los que sufren una alteración persistente y fundamental de todas las funciones mentales y afectivas, a diferencia de los pacientes de grave anomalía psíquica, estado en que no se desquicia la personalidad aunque se menoscaben ciertos aspectos de la misma.

Tratándose de infractores contravencionales enfermos de la mente debido a cualquiera de los factores que enuncia el artículo 29, debe aplicárseles la libertad vigilada, lo cual no significa que esta medida sea exclusiva para tales sujetos y que no pueda concurrir con otras, como lo sugiere el Agente del Ministerio Público, pues precisamente la norma está diciendo que a los contraventores se les aplica "como sanción principal". Tampoco significa que a los que padecen grave anomalía psíquica no se les pueda imponer la libertad vigilada, porque el artículo 61 la autoriza, sin que el 68 establezca excepción alguna a sus previsiones.

Si el manicomio criminal sólo se destina a los alienados que cometan infracciones conminadas con pena de presidio, o a los que, aunque no merezcan esta medida, demuestren especial peligrosidad, es obvio que el artículo 63 no puede aplicarse a quienes padecen grave anomalía psíquica, porque éstos no están incluidos entre los sujetos a que se refiere el precepto.

En el presente caso aparece inequívocamente el dictamen sobre grave anomalía psíquica, reconocido en el auto de proceder y en el fallo condenatorio, y a pesar de esta prueba, no desvirtuada en manera alguna, se da al procesado un tratamiento que la ley no prevé, según lo expuesto.

En tales condiciones, el fallo condenatorio aplicó indebidamente el artículo 63, como lo plantea y demuestra la actora.

La Sala casará el fallo y dictará la medida pertinente.

Fallo

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, CASA la sentencia impugnada y en su lugar dispone, con fundamento en el artículo 67 del Código Penal, confiar el procesado Guillermo Plazas Rodríguez al cuidado de su familia, quedando ésta con la obligación de dar al juez del conocimiento el informe a que se contrae el artículo 682 del Código de Procedimiento Penal.

El Juez dará cumplimiento al artículo 681 de la obra últimamente citada, comunicando esta decisión a la familia del condenado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

MENORES DE DOCE AÑOS

Por expreso mandato del Decreto 1818 de 1964, los menores de doce años no son sujetos pasivos de la acción penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 3 de agosto de 1972.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Velasco Guerrero)..

Vistos

Procedente del Juzgado de Menores de Yarumal ha llegado a esta corporación el expediente adelantado contra el menor de doce años Héctor Hernando Valencia, por el delito de homicido, para resolver el conflicto entre el funcionario citado y la Defensoría de Menores de ese municipio, Seccional de Antioquia.

Sostiene el funcionario que las normas contenidas en el Decreto 1818 de 17 de julio de 1964 se encuentran vigentes y que el artículo 5º y siguientes de ese estatuto atribuyeron el conocimiento de las infracciones cometidas por menores de doce años a la División de Menores del Ministerio de Justicia. Al desaparecer la División de Menores, las facultades para el juzgamiento de dicha minoría pasaron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, más exactamente, a los Defensores de Menores.

Cabe anotar que el articulado del Decreto 1818 proferido en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 27 de 1963, en ninguna parte habla de juzgamiento para los menores de doce años, ni atribuye esa facultad a determinado funcionario. Menos a persona que no pertenezca a la rama jurisdiccional del Poder Público. Pues mal hubiera el legislador determinado jurisdicción y competencia en funcionarios de orden administrativo, como en su hora lo fueron los adscritos a la División de Menores y como lo son en la actualidad los defensores de menores, puesto que por tal modo se estaría infringiendo el artículo 58 de la Constitución Política de la Nación, a través del cual se precisa en forma taxativa y absolutamente clara quiénes tienen en Colombia la facultad de administrar justicia.

Lo anterior nos lleva a concluir que cuando los Arts. 5º, 6º y 7º del Decreto 1818, invocados por el Juez de Menores de Yarumal hablan, muy concretamente, de que los menores de doce años "en ningún caso serán conducidos ante la rama jurisdiccional del poder público", y cuando necesitan especial protección del Estado, sea por abandono o peligro moral o físico, o por haber observado una conducta antisocial, serán atendidos por la División de Menores o por establecimientos de Asistencia Social del Menor, no hace más sino sustraerlos al imperio normativo propio de los menores comprendidos entre los doce y los dieciséis años, quienes, cuando delinquen, son juzgados por el procedimiento especial de la competencia privativa de los Jueces de Menores. Vale decir que dichas normas, claras de suyo, y la Ley 75 de 1968, establecieron no un procedimiento para juzgar de los delitos cometidos por los menores de doce años, pues no se consideran sujetos pasivos de la acción penal ni condignos por ende de las sanciones —penas y medidas de seguridad— a que se contrae el Título II, Capítulos I y III del Código de Procedimiento Penal (aplicable a los menores entre los 12 y los 16 años, apartado b) del Art. 61 del mismo estatuto), sino una jurisdicción especialísima para atenderlos y ofrecerles la protección social y moral adecuadas a su edad, impidiendo toda posibilidad de que se pueda deducir

responsabilidad penal a quienes, de otra parte, con sobrada razón, se les desconoce capacidad civil.

En síntesis, el Decreto 1818 contiene evidentemente las normas que amparan y protegen al menor de doce años, para cuya categoría biológica y social, cuando aparezca tempranamente en pugna con los ordenamientos que disciplinan la vida en comunidad, han sido creados, con miras a lograr una mejor orientación de su personalidad, los establecimientos de Asistencia Social del Menor.

Si bien es cierto que el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal vigente fija la edad de 15 años como factor determinante de la competencia en el juzgamiento de los menores de 16 años, no lo es menos que en 1964, con fundamento en las muy amplias facultades que otorgó al Ejecutivo la Ley 27 de 1963, fue dictado el Decreto 1818 por medio del cual, en los artículos anteriormente citados, se distinguió entre los menores de 16 años, y los menores de doce años. Siendo los primeros, para todos los efectos jurisdiccionales, de la competencia de los Jueces de Menores.

Queda a ojos vistos cierto que el Art. 769 del Código de Procedimiento Penal, cuando advierte que el Decreto 1345 de 4 de agosto de 1970 y las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentren incluidas en este Código, quedan derogadas, no dice más sino que las normas que prescriben un tratamiento especial sicopedagógico para los menores de 12 años, por autoridades administrativas, establecidas para protegerlos de todo peligro físico y moral, por ser extraños al ordenamiento procesal ordinario y al especial contemplado en él para los menores entre los doce y los dieciséis años, siguen vigentes, pues, se repite, el Decreto 1818, Arts. 5º, 6º y 7º, estableció dos categorías de menores, de las cuales, la correspondiente a los doce primeros años de la vida, ha sido excluída, por expresa voluntad del legislador, como sujeto pasivo de la acción penal.

Dicho lo anterior, se ordena devolver el expediente al Juzgado de Menores de Yarumal, para que proceda como aquí se dice, pues corresponde a la Defensoría de Menores continuar en el conocimiento del presente negocio. Así lo resuelve la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Envíese copia de esta providencia al Coordinador de Asistencia Legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para los fines consiguientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DERECHO DE DEFENSA

Como lo ha sostenido la Corte en ocasiones anteriores, en el artículo 26 de la Constitución Nacional "se comprende el derecho del procesado a contradecir la imputación, a explicar su conducta y que el efectivo ejercicio del derecho de defensa es principio básico del juicio y condición de legalidad del mismo".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, nueve de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Por sentencia de 29 de mayo de 1971 el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo condenó a Walter de Jesús Estrada Acevedo a la pena principal de veinticinco meses de prisión, a más de las accesorias de rigor, por delito de violencia carnal. La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por medio de la suya de 16 de agosto siguiente. Contra esta última el Fiscal 2º de la Corporación interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue legalmente concedido y, como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, ha de resolverse ahora lo que se estimare legal.

Primero: Hechos

El auto de proceder los presenta en la siguiente forma:

"...el día martes 31 de marzo del presente año, a eso de las ocho y media de la noche, la señora Aurelia Mejía, mandó a una de sus hijas de nombre Estella a hacer unas compras a la tienda del señor Gilberto Molina, ubicada en el casco urbano del vecino Municipio de Bolívar (V.). De regreso a su hogar con lo que había comprado y al pasar frente a la Escuela de Niñas "Caicedo y Téllez" se encontró con el sujeto llamado Walter, conocido con el remoquete de "El Loco" y al verla que transitaba sola por esa calle, la cogió y la llevó hasta la parte interior del establecimiento educativo, en donde en forma brutal hizo uso carnal de ella. Satisfechos sus instintos sexuales dejó en libertad a la violada, diciéndole que él se llamaba "Picadura" y que si le contaba a la mamá la mataba. Al ver los padres de la niña el estado en que ésta se encontraba, fue hospitalizada y sometida a cirugía, pues había quedado en un estado sumamente delicado" (Fl. 51).

Segundo: Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar abrió esta investigación el 1º de abril de 1970, en virtud de denuncia que en esa fecha formulara Ernesto Lasprilla Rojas, en su calidad de padre de la menor Estella Lasprilla Mejía, contra quien sometiera a atropellos de orden sexual a su hija, el cual resultó ser Walter de Jesús Estrada Acevedo. Adelantada aquélla, se recaudaron las pruebas pertinentes, se oyó en indagatoria al sindicado, se le dictó el correspondiente auto de detención y se envió el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, Despacho que luego de alguna actuación, declaró cerrada la investigación (Fl. 48). El 28 de septiembre de ese mismo año, profirió auto de llamamiento a juicio contra el acusado por el delito de violencia carnal (C. P., Art. 316, Inc. 2º y Art. 317, Ord. 1º). El procesado manifestó que no tenía a quien nombrar como defensor, por lo cual le fue designado de oficio el abogado Hernán Gó-

mez Piedrahita (Fls. 58 vto. Sgt.), quien tomó posesión del cargo (Fl. 59 vto.). Posteriormente se abrió el juicio a prueba (Fl. 60) y nadie solicitó la práctica de ninguna; se señaló el viernes 13 de noviembre de 1970, a partir de las dos de la tarde, para celebración de la audiencia (Fl. 61), acto que se llevó a término en la fecha y hora indicada con la sola presencia del Juez, de su Secretario y del procesado, sin que a ella hubieran concurrido el defensor ni el Ministerio Público (Fls. 61 Vto. Sgt.).

El 15 de diciembre siguiente el Juzgado del conocimiento condenó a Estrada Acevedo a la pena de 25 meses de prisión, más las accesorias de rigor, por el delito que se le imputó (Fls. 64 ss.). Esta providencia subió en consulta al Tribunal el cual, por medio de la suya de 19 de febrero de 1971 y acogiendo la petición de su Fiscal colaborador (Fls. 70 ss.), decretó la nulidad de todo lo actuado desde el auto que abrió el juicio a pruebas, inclusive, por "total y absoluta falta de defensa del procesado" (Fls. 85 ss.).

Regresaron las diligencias al Juzgado de origen: el Juez, oficiosamente, decretó algunas pruebas dentro de la etapa que, en la forma anterior, había quedado abierta. De nuevo señaló día y hora para la audiencia (Fl. 106) y una vez más ésta se practicó sin asistencia del defensor ni del representante de la sociedad (Fls. 106 vto. Sgt.).

El 29 de mayo de 1971 se dictó sentencia condenatoria de primer grado (Fls. 109 ss.). El Fiscal 2º del Tribunal solicitó de la Corporación se decretara de nuevo la nulidad, por la misma razón que antes se había tenido en cuenta. El Tribunal no accedió y confirmó la providencia por lo cual su colaborador recurrió en casación, recurso éste que ahora ocupa a esta Sala.

Tercero: La demanda

El Ministerio Público recurrente luego de una detallada presentación de la actuación procesal, invoca como causal de casación la 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por considerar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional puesto que el procesado Estrada Acevedo "estuvo en todo momento desprotegido en relación con la asistencia técnico-jurídica que le garantizan la Constitución y las leyes de la República de Colombia". Dice que se violaron el artículo 26 de la Carta, puesto que no se observaron la plenitud de las formas propias del juicio; la Ley 76 de 1968 aprobatoria de pactos internacionales que consagran "como derecho de defensa la garantía que tiene todo procesado de que se le preste la asistencia jurídica fundamental" y el artículo 118 del Código de Procedimiento Penal 'pues el defensor del acusado no lo representó en las diligencias que se surtieron con él, verbigracia la petición de pruebas y la audiencia pública.

Para fundamentar lo anterior pone de presente cómo, tanto a partir del primer auto de cierre de investigación como a partir del segundo, según la relación procesal que se dejó hecha, el defensor de oficio que se le designó al procesado, por no tener éste cómo nombrarlo, no prestó ninguna asistencia al acusado, habiéndose limitado su actividad únicamente a interponer recurso de apelación contra la segunda sentencia condenatoria, pero sin haber presentado la menor alegación de impugnación en pro de los intereses de su defendido. Tampoco presentó solicitud de prueba alguna, ni concurrió a la audiencia. "Así pues, como el defensor de oficio del acusado no ejecutó actividad profesional que sirviera de fundamento para replicar los cargos formulados en el auto de proceder, ni de su actuación se derivó crítica alguna al acervo probatorio en orden a disminuir siquiera el peso de la acusación, la asistencia técnico-jurídica del procesado Estrada Acevedo resulta incuestionable, originándose así la nulidad constitucional de que se ha hecho mención anteriormente. Concluye solicitando que se case la sentencia recurrida "y en su lugar se decrete la nulidad del proceso a partir de la providencia de fecha 5 de octubre de 1970 que nombró defensor de oficio del acusado, para que el juicio se adelante con el lleno de las formalidades propias del mismo", petición esta última que fundamenta en que "resultaría inaconsejable, por lo menos, que dicho profesional (Hernán Gómez Piedrahita) pudiera continuar incumpliendo sus deberes" (Cuaderno de la Corte Fls. 7 ss.).

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal al descorrer el traslado de ley, luego

de destacar con las citas pertinentes que el procesado estuvo ayuno de defensa y de apuntar que debe "ordenarse la investigación disciplinaria de la conducta del doctor Hernán Gómez Piedrahita ante su reiterada decisión de no cumplir con los deberes propios del cargo de defensor", concluye: "esta Procuraduría Delegada coadyuva la petición del señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga y no la amplía por encontrarla suficiente" (Id. Fls. 21 ss.).

Cuarta: Consideraciones de la Sala

Los artículos 117 y 118 del Código de Procedimiento disponen la obligatoriedad de servir el cargo de apoderado o defensor cuando sea designado de oficio por el funcionario instructor o por el juez y la obligación en que el profesional se encuentra de "cumplir con los deberes que le incumben".

Como lo ha sostenido la Corporación en ocasiones anteriores y en ésta quiere reiterarlo, en el artículo 26 de la Constitución "se comprende el derecho del procesado a contradecir la imputación, a explicar su conducta, y que el efectivo ejercicio del derecho de defensa es principio básico del juicio y condición de legalidad del mismo".

En aquellas ocasiones la Corte ha argumentado así:

"La garantía del derecho de defensa del procesado, que comprende la posibilidad en que éste debe estar de conocer oportunamente la imputación penal y sus pruebas, de rebatirlas, de contraprobar y de reclamar la efectividad de los derechos que la ley de procedimiento le reconoce en el desarrollo del juzgamiento, corresponde a uno de los principios rectores y básicos del proceso penal, cual es el denominado "de la personalidad del imputado".

"Como la defensa en juicio criminal requiere de conocimientos jurídicos, la ley exige que el incriminado sea auxiliado en todo caso por un abogado —elegido por el procesado o en defecto designado de oficio por el juez— cuya intervención efectiva en pro de la causa del acusado se estima necesaria para la legitimidad del procedimiento y para la correcta aplicación del derecho penal sustancial. Esa es la razón de ser de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal, normas que hacen obligatorio el cargo de apoderado o defensor y que imponen a éstos el deber de aceptar y desempeñar el encargo, asistiendo y representando al sindicado en los actos del proceso.

"La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerido como indispensable para mantener un razonable equilibrio con la función de acusación y en guarda de los derechos e intereses del procesado. De ahí que la Corte haya juzgado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado, por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a servirla, como lesiva de un derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad supralegal o constitucional, por inobservancia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que el artículo 26 de la Carta consagra está el derecho del procesado a demostrar su inocencia, a explicar su conducta, o procurar que la ley penal se le aplique en la medida de lo justo.

"La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insustancial por sí sola para la suerte del inculpado. La representación judicial precisa una actuación dinámica, una verdadera asistencia jurídica del procesado, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desgravatorias, en la intervención en el aporte de los elementos de convicción, para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a "oponerse con medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo, a los efectos legales y desfavorables al inculpado" (Gaceta Judicial, Tomo CXXXV, Pág. 202).

En el caso concreto sometido a estudio se tiene que si bien un profesional del Derecho fue designado como defensor de oficio del procesado, no lo es menos que tal designado, habiendo tomado posesión de su cargo, no hizo nada, absolutamente nada en defensa de los intereses que se le habían con-

fiado. Como antes se anotó, apenas sí interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida con fecha 29 de mayo de 1971, pero ni siquiera hizo saber al Tribunal competente cuál era el motivo de su disentimiento. El defensor no solicitó pruebas, no elevó alegación alguna, no concurrió a la audiencia pública, interpuso un recurso y no lo sostuvo. Su conducta fue perfectamente negativa, con el agravante de que esa negligencia se prolongó aún después de que, por la misma causa, se había proferido una nulidad dentro de este proceso. De manera que ese profesional no se preocupó en lo más mínimo porque a su defendido "la ley penal se le aplicara en la medida de lo justo'.

De lo demostrado tiene que concluírse que el procesado Walter de Jesús Estrada Acevedo "careció de asistencia técnico-jurídica real y efectiva, vale decir, no tuvo en este juicio defensa formal, llamada también específica o profesional, que es la que se encomienda como deber legal al abogado defensor y que se encamina a la oposición por todos los medios lícitos a la pretensión punitiva deducida contra el procesado, lo que se debe cumplir mediante contrapruebas y contra alegaciones de la acusación, destinadas a destruir o a atemperar la imputación penal" (Gaceta Judicial, Tomos CXXXIV y CXXXV, Págs. 354 y 202, respectivamente).

En consecuencia, prospera el cargo formulado contra la sentencia demandada y que se fundamenta en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Además: como el abogado Hernán Gómez Piedrahita fue designado defensor de oficio del procesado, tomó posesión del cargo, pero no realizó ninguna gestión tendiente al cumplimiento de su deber, pues no puede entenderse ni aceptarse por tal el hecho de haber apelado de una providencia sin haber sustentado el recurso, la Sala habrá de tener en cuenta la petición del Ministerio Público, en el sentido de que se adelante la correspondiente investigación disciplinaria "ante su reiterada decisión de no cumplir con los deberes propios del cargo de defensor" (Cuaderno de la Corte, Fls. 22 ss.).

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha 16 de agosto de 1971, mencionada en la parte motiva, y ordena devolver el proceso por conducto de aquella corporación al juzgado de origen, para que se reponga lo actuado a partir de la notificación del auto de proceder.

Por el procedimiento legal respectivo, el Tribunal investigará la conducta del abogado Hernán Gómez Piedrahita por faltas a la ética profesional, según fundadamente lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

La Corte reitera anteriores decisiones. — De conformidad al artículo 63 del C. P., el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Por tal razón esta medida de seguridad no es aplicable a quien comete un hecho delictuoso bajo los efectos de una grave anomalía psíquica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, nueve de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Luis Francisco Orjuela Orjuela contra la sentencia del dieciséis de septiembre último, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de primer grado, proferida por el Juzgado Diecinueve Superior del respectivo Distrito Judicial, en cuanto condenó al procesado a reclusión en manicomio criminal por el término de dos años como responsable de la muerte de José Alfonso Giraldo Salazar, revocándolo en lo que respecta a la suspensión de tal medida de seguridad, decretada por el a-quo. Además, la sentencia recurrida aclaró la de primera instancia en el sentido de que la condena al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción no era en concreto, sino en abstracto.

Antecedentes

a) En torno a las diez de la mañana del treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y nueve, Francisco Orjuela disparó repetidas veces su revólver, en la puerta de su establecimiento de comercio, situado en el número 8-79 de la calle 12 de esta ciudad, contra José Alfonso Giraldo Salazar, con quien minutos antes departía, al parecer sobre asuntos comerciales, en el mismo sitio. El deceso de la víctima se produjo de inmediato, pues uno de los proyectiles le causó destrozos craneoencefálicos.

b) Correspondió la fase inicial de la investigación al Juzgado Dieciséis Penal Municipal, que decretó la detención preventiva del sindicado y dispuso su traslado del Hospital de San Juan de Dios, en donde se hallaba recluído, al Departamento de Siquiatría del Hospital Militar, con el fin de someterlo a observación médica (Fls. 42 y 43).

c) Previa clausura de la etapa instructiva, el Juzgado 19 Superior calificó el mérito del sumario mediante providencia del 10 de febrero de 1970, en la cual llamó al procesado Orjuela a responder en juicio con intervención del jurado como responsable de homicidio en la persona de José Alfonso Giraldo Salazar, providencia que hubo de confirmar el Tribunal Superior de Bogotá, pero modificándola en el sentido de que en el juzgamiento del reo "no intervendrá el Jurado de Conciencia, por expresa prohibición del artículo 3º, numeral 5º de la Ley 16 de 1968, ya que dicho homicidio fue consumado por el encartado Orjuela Orjuela en las circunstancias previstas por el artículo 29 del Código Penal". (Fl. 227).

d) Durante el período probatorio de la causa los facultativos del Instituto de Medicina Legal que realizaron un examen psico-somático del acusado obtuvieron las siguientes conclusiones:

"Su personalidad se encuentra actualmente dentro de los límites de la normalidad.

"Cuando se realizó el hecho que se investiga se encontraba en un estado psíquico caracterizado por las siguientes manifestaciones: Fugacidad, confusión mental con pérdidas momentáneas de la conciencia, amnesia anterógrada.

"De consiguiente en el tiempo en que se cometieron los ilícitos (sic) se encontraba en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio" (Fl. 258).

e) Llevada a término la audiencia pública sin intervención de los jueces de conciencia, se produjeron las sentencias de primero y segundo grados en los términos descritos en la parte inicial y motivo del presente fallo.

La demanda de casación

La acusación al fallo recurrido, sustentada por el defensor del procesado, se formula con fundamento en la primera de las causales contempladas por el artículo 580 del Decreto 409 de 1971, pues estima el demandante que aquél es violatorio de la ley sustancial, concretamente de los artículos 63 y 64 del Código Penal, el primero por aplicación indebida, y el segundo por no haberse aplicado.

Proviene el quebranto de la falta de apreciación del dictamen médico-legal, con significado trascendente en la sentencia, incurriendo así el sentenciador en manifiesto error de hecho. Los razonamientos ofrecidos por el actor para demostrar la censura pueden compendiarse así:

1) Conforme al dictamen de los facultativos, el incriminado, al tiempo de cometer el delito, se encontraba en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio.

2) El Tribunal Superior de Bogotá "apreció parcialmente los efectos de la prueba", pues si bien aceptó su contenido para imponer como sanción una medida de seguridad, no lo tuvo en cuenta respecto de la grave anomalía psíquica de carácter transitorio que la pericia reconoció en el procesado.

3) Es indudable que los expertos forenses advirtieron en el reo uno de los estados de anormalidad previstos en el artículo 29 del Código Penal, concretamente en los límites de la grave anomalía psíquica de carácter transitorio.

4) "No es tesis novedosa sostener que la expresión 'alienación mental' es equivalente o sinónima de 'enajenación mental' y que por tanto 'alienado', expresión del artículo 63 del C. P. es igual a "enajenado' del artículo 29 ibídem".

Como argumentos de autoridad convoca a varios tratadistas de Derecho Penal y de Medicina Legal y Psiquiatría Forense, nacionales y extranjeros, recordando además, en lo pertinente, la doctrina expuesta por la Corte en sentencia de casación del 18 de octubre de 1966.

5) De acuerdo con el precepto contenido en el artículo 63 del Código Penal, el manicomio criminal es medida de seguridad que se destina para recluir exclusivamente a dos clases de anormales: a los alienados que cometen delitos para los cuales se señalan penas de presidio y a los alienados especialmente peligrosos cualquiera que sea la pena fijada para el delito. A contrario sensu, tal medida no se impone a personas afectadas por grave anomalía psíquica transitoria, precisamente por no ser "alienados". Consecuentemente, en sentir del actor, "mal podía el Tribunal de Bogotá aplicarle (al reo) el artículo 63 del C. P. y, desde luego, al referirse al artículo 64 ibídem, tomó equivocadamente el término mínimo de dos años de duración, aplicando indebidamente esta parte de tal disposición".

6) La falta de apreciación cabal de la pericia psiquiátrica hizo incurrir al fallador de segundo grado en error de hecho manifiesto. "La omisión en que incurrió el H. Tribunal al apreciar la prueba pericial, motivó la formación de un concepto equivocado de la realidad procesal que lo condujo a violar la ley sustancial, dando aplicación a la norma no expedida para el caso probado".

7) Si el manicomio criminal sólo se aplica a los alienados, la colonia agrícola especial se reserva para recluir a quienes no lo son, por el mínimo de un año señalado en el artículo 64 del Código Penal.

Como la sentencia recurrida en casación se produjo "sobre un hecho no probado, la alienación, dejando de tener en cuenta el

demostrado, a saber, la grave anomalía psíquica transitoria", se infringieron las normas contenidas en los artículos 63 y 64 del C. P. y, en consecuencia, debe infirmarse, sustituyéndola por el fallo que deba reemplazarla.

El libelo demanda, finalmente, la libertad del procesado, por haber recuperado su normalidad psíquica. Tal solicitud se sustenta en una crítica al fallo recurrido, que consideró al reo como especialmente peligroso por la forma como perpetró el delito, sin motivo alguno, valiéndose de la indefensión de la víctima. Sostiene que tal peligrosidad se dedujo no de la forma como se cometió el delito sino de su especial estado de anormalidad psíquica que lo llevó a delinquir y en virtud de la cual se le aplicaron precisamente medidas de seguridad. Pero desaparecida la anomalía, "gracias al intenso tratamiento psiquiátrico efectuado en el paciente, por médicos idóneos y en lugar apropiado, mal puede sostenerse que la peligrosidad continúa, cuando su causa desapareció". Y agrega el impugnante:

"En realidad, tanto el Tribunal como la Fiscalía de esa Corporación, invocan un mismo hecho para dos efectos distintos. La anomalía para imponer la medida, y la peligrosidad para no suspenderla. Si la anomalía amerita la medida, es precisamente por la peligrosidad que entraña, desaparecida ésta, a qué peligrosidad alude el Tribunal? No es correcto aducir un hecho pretérito para sostener en el futuro efectos que ya no causa. Ello implicaría convertir la medida de seguridad, que es eminentemente preventiva y curativa, en una sanción aflictiva, represiva que es extraña a la institución de la medida de seguridad".

Concepto del Ministerio Público

Después de examinar a espacio los fundamentos de la acusación sostiene, en síntesis, la Procuraduría Segunda que la sentencia recurrida equiparó la grave anomalía síquica transitoria (hecho probado) con la enajenación mental (hecho no probado) y sobre esa errada apreciación probatoria fijó como medida de seguridad la reclusión del sindicado en un manicomio criminal por el término de dos años, conclusión a la que igualmente llegó por estimar, sin fundamento, que la gravedad del delito y las circunstancias que rodearon el hecho hacían de él un sujeto especialmente peligroso para la sociedad. Y concluye así:

"En suma, pues, la objeciones propuestas por el actor al fallo impugnado resultaron demostradas en razón de que la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá al ordenar la reclusión del sindicado en un manicomio criminal por el término de dos años aplicó indebidamente el artículo 63 del Código Penal y dejó de aplicar el artículo 64 de la misma obra, en cuanto señala que la reclusión en una colonia agrícola especial debe cumplirse por el plazo mínimo de un año".

Respecto de la solicitud adicional sobre cesación de la medida de seguridad por haber recuperado el reo su salud psíquica, la Procuraduría expone el siguiente criterio:

"a) El mismo día de los hechos (31 de julio de 1969), fue privado de la libertad Luis Francisco Orjuela Orjuela y ha estado sometido a observación médica en el Hospital San Juan de Dios, el Departamento Psiquiátrico del Hospital Militar y el Anexo Psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Colombia hasta el 15 de junio de 1971, fecha en la cual fue excarcelado mediante caución (Fl. 280).

"b) La reclusión en manicomio criminal o colonia Agrícola especial es medida estrictamente curativa y preventiva y se suspende cuando el enfermo ha cumplido el plazo mínimo fijado por la ley (dos años para el manicomio y uno para la colonia agrícola especial) y siempre que se declare por peritos médicos que ha desaparecido el peligro de que vuelva a causar daño, todo ésto en la forma y condiciones previstos en la ley (artículo 64 del C. P. y 680 del C. de P. P.).

" 'Otra cosa es si la encarcelación preventiva —ha dicho la Corte— se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos en tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal' (Casación del 18 de febrero de 1966).

"c) El artículo 64 del Código Penal sostiene enfáticamente que la reclusión en los

establecimientos de que tratan los artículos anteriores (manicomio criminal y colonia agrícola especial), en ningún caso podrá ser menor de dos años o de uno, respectivamente. Quiere ello decir que los términos mínimos de reclusión allí fijados no pueden cumplirse en lugares distintos a los señalados en la ley.

"d) 'La colonia agrícola especial —sostuvo la Corte— parece instituida para recluir a personas que hayan recobrado la normalidad, según concepto médico, a la hora de determinarse la sanción, y es un sitio en donde el tratamiento no tiene por objeto rehabilitar mentalmente a la persona, sino ponerla en observación para poder formular un juicio sobre la peligrosidad probable de la misma' (G. J., T. LXI, Págs. 164 y 165).

"Establecido que el procesado Luis Francisco Orjuela Orjuela no ha permanecido recluido en observación en una colonia agrícola especial por el término mínimo de un año, la cesación de la medida no puede prosperar no obstante aparezca demostrado el hecho de haber recobrado su normalidad.

"e) El desconocimiento de este requisito no sólo constituye infracción de la ley sino que despierta alarma social y haría irritas y nugatorias las sentencias condenatorias contra anormales como lo sostienen entre otros, los tratadistas Agustín Gómez Prada y José Gutiérrez Gómez.

"El término de observación en colonia agrícola especial para la persona que ha delinquido en estado de anormalidad transitoria, así haya recobrado su sanidad mental, es un margen mínimo de seguridad social previsto por la ley como garantía de que el enfermo no volverá a causar daño o constituir un peligro para la sociedad. Se busca con ello la readaptación social del anormal, objeto primordial de la medida.

"La misma Corte Suprema de Justicia replica al demandante en sentencia citada en el libelo, así:

" 'El pensamiento de la Comisión Redactora del Código Penal, al disponer que la reclusión en la colonia agrícola especial o en el manicomio criminal o la libertad vigilada no sea menor de dos años en las dos últimas, ni un año, en la primera, fue el de evitar que a los pocos días cesara la reclusión o la libertad vigilada, por hallarse que el enfermo mental o el intoxicado ya no constituye un peligro para lo sociedad, lo cual propiciaría las simulaciones y traería el consiguiente escándalo público'. (Sentencia del 18 de febrero de 1966, G. J., T. CXVIII Bis, Pág. 25).

"En consecuencia, la solicitud para hacer cesar la medida de seguridad impuesta al acusado no puede prosperar".

Y resumiendo su pensamiento en una fórmula final, solicita que se invalide parcialmente el fallo recurrido en el sentido de imponer al procesado Luis Francisco Orjuela la reclusión en una colonia agrícola especial por un término no menor de un año, medida que sólo puede cesar en la forma prevista en los artículos 64 del Código Penal y 680 del Código de Procedimiento Penal, y no casarla en lo demás.

La Corte considera

1. El error manifiesto de hecho, como límite de las facultades de apreciación probatoria en el sentenciador de segundo grado, implica en último análisis ignorancia de los medios de convicción que demuestran lo contrario de lo que el fallo recurrido estimó como determinante de la decisión jurisdiccional violadora de normas sustanciales.

2. Es incontestable que el procesado Luis Francisco Orjuela padecía de grave anomalía psíquica de carácter transitorio en el momento de cometer el delito por el cual se le juzga en este proceso. Así lo expresa de manera terminante el Instituto de Medicina Legal en el dictamen que aparece al folio 250 del informativo.

3. Sin embargo, en la sentencia recurrida se lee textualmente: "De la prueba recaudada se evidencia que el encartado Orjuela Orjuela obró en estado de enajenación mental, y por ende al surtirse el recurso de apelación del auto encausatorio, la Sala hizo su pronunciamiento de rigor, modificando el auto de proceder, para que fuera llamado a juicio Orjuela Orjuela sin la intervención del jurado, por hallarse dentro de los preceptos del artículo 29 del C. P."

4. De lo anterior se desprende con suma claridad que el sentenciador de segunda instancia no advirtió el hecho probado (la grave anomalía psíquica), y por el contrario,

afirmó la existencia de un hecho no demostrado (la enajenación mental), manifiesto error en la apreciación probatoria que lo condujo a infringir las normas contenidas en los artículos 63 y 64 del Código Penal, aplicando indebidamente el primero y dejando de aplicar el segundo, que es el precepto pertinente.

5. En efecto, la Corte ha recordado en reiteradas oportunidades que conforme al artículo 63 del C. P. el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Se trata, pues, de dos hipótesis distintas respecto de una misma clase de sujetos: los alienados. Vale decir, aquellos que, según lo ha puntualizado también esta Sala siguiendo la enseñanza de eminentes tratadistas, sufren una alteración persistente y fundamental de todas las funciones mentales y afectivas, a diferencia de los pacientes de grave anomalía psíquica, estado en que no se desquicia la personalidad aunque se menoscaben ciertos aspectos de la misma. (Sentencias de casación de 18 de octubre de 1966, 28 de marzo de 1969 y 1º de agosto de 1972).

6. Si el manicomio criminal está señalado, por ministerio de la ley, para los alienados que se hallen dentro de las condiciones previstas en el artículo 63 del Código Penal, evidente resulta que esa norma no puede aplicarse al procesado Orjuela, que perpetró el homicidio de autos, no en estado de enajenación mental, sino en momentos en que padecía grave anomalía psíquica de carácter transitorio, situación que había desaparecido para el 23 de abril de 1971, fecha en que los peritos psiquiatras del Instituto de Medicina Legal de Bogotá rindieron su dictamen. A su caso, por tanto, debió aplicarse el artículo 64 de la misma obra, como lo reclama el actor, señalándosele como lugar de reclusión, por el tiempo mínimo de un año, una colonia agrícola especial.

Prospera, por lo visto, la causal estudiada. En consecuencia, habrá de invalidarse el fallo recurrido, dictándose el que deba reemplazarlo. (Art. 583, 1, del C. de P. P.).

7. Ahora bien: dado el carácter eminentemente curativo que persiguen las medidas de seguridad, extremo sobre el cual ha insistido esta Sala en ya numerosas oportunidades, importa observar que según datos fidedignos del proceso, como lo recuerda el Procurador, Luis Francisco Orjuela estuvo sometido durante casi dos años (desde el 31 de julio de 1969 hasta el 15 de junio de 1971) a observación y tratamiento médicos en el Hospital de San Juan de Dios, en el Departamento Psiquiátrico del Hospital Militar y en el Anexo Psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Colombia. Se cumplió, pues, en el presente caso, de manera muy eficaz, el fin que la ley se propuso al instituir un régimen distinto al estrictamente penológico para los enfermos de la mente en cualquiera de los estados a que se refiere el artículo 29 del Código Penal.

Lo anterior significa que estuvo recluido, en cumplimiento de los fines ya indicados, por un lapso mayor al señalado como mínimo en el Art. 64 del C. P., que es, como hubo de observarse, el aplicable al caso.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido del Tribunal Superior de Bogotá a que expresamente se refiere la parte motiva y, en su lugar,

Resuelve

1º Imponer a **Luis Francisco Orjuela Orjuela**, de condiciones civiles y personales anotadas en el informativo, la medida de seguirad de reclusión en una colonia agrícola especial, como responsable de la muerte de José Alfonso Giraldo Salazar, por un término no menor de un (1) año, hasta cuando cese su presunta peligrosidad.

2º Como el procesado Orjuela Orjuela permaneció recluido en lugares en donde recibió la atención médico-psiquiátrica que ha podido prestársele en colonia agrícola especial, y el fin perseguido por la ley con la última medida de seguridad mencionada se satisfizo, se mantiene la libertad de aquél en las condiciones determinadas por la sentencia de primer grado.

3º Condénase a Luis Francisco Orjuela en abstracto al pago de los perjuicios causados con la infracción.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO. CAUSAL TERCERA DE CASACION

La contradicción del veredicto ha de recaer sobre aspectos esenciales atinentes al tipo de delito o a la responsabilidad del acusado, de modo que suscite la perplejidad del fallador y que no pueda éste pronunciar sentencia sin escindir caprichosamente el veredicto, para acogerlo en parte y desecharlo en el otro de sus extremos, con lo cual se violaría el Art. 519 del C. de P. P., pues el fallo no podría estar jamás de acuerdo con la totalidad del veredicto, en lo sustantivo y obligante del mismo. — De una respuesta monosilábica del Jurado "no puede predicarse el principio de contradicción" en cuanto el cuestionario a que se refiere la contestación haya sido correctamente elaborado. — Cuando existe coparticipicación criminal, debe decirse en el cuestionario si el procesado tomó parte en la ejecución del hecho, y no emplearse el término coautoría.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, agosto nueve de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado **Gonzalo Jaramillo Flórez** y su defensor, y por el defensor de **Hermínsul Vergara Diossa** contra la sentencia de 16 de septiembre de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de la cual se condenó a los mencionados procesados, en segunda instancia, a las penas principales de veintiuno y veinte años de presidio, respectivamente, como también a las sanciones accesorias de rigor, por los delitos de homicidio y robo en la persona y bienes de Carlos Martínez Barreto.

Hechos y actuación procesal

El día 28 de enero de 1966, en el corregimiento de Tarazá del Municipio de Cáceres (Ant.), fue gravemente lesionado con armas contundente y corto-punzante el señor Carlos Martínez Barreto, a quien sus agresores despojaron en el acto del dinero que portaba, calculado en la suma de dos mil pesos.

El lesionado fue hallado agonizante en un potrero de la hacienda Tenerife, a poca distancia de la carretera que de Caucasia conduce a Yarumal, por el señor Cayetano Berrío Aguirre, y fue trasladado al hospital de la ciudad primeramente citada, donde falleció dos días después.

Los hechos que se dejan descritos ocurrieron en momentos en que el occiso se dirigía de Puerto Valdivia a Yarumal, en compañía de Gonzalo Jaramillo Flórez, a quien había conocido poco antes, en un camión conducido por Pedro Luis Diossa Ospina y su ayudante Hermínsul Vergara Diossa.

Desde el comienzo de la investigación penal correspondiente fueron señalados como autores de las infracciones los nombrados Jaramillo, Diossa y Vergara, contra quienes se dictó auto de detención en providencias de fechas 11 y 24 de febrero de 1966.

Después de algunos incidentes procesales, con motivo de la calificación del sumario, los tres sindicados fueron llamados a responder en juicio, en calidad de "coautores", por los delitos de homicidio y robo agravado mediante autos de 9 de junio de 1970 y 13 de octubre del mismo año, proferidos

en su orden por el Juzgado Superior de Yarumal y el Tribunal Superior de Medellín.

Entre los días 11 y 14 de mayo de 1971 se celebró la audiencia pública, y el jurado afirmó la responsabilidad de los acusados Gonzalo Jaramillo Flórez y Hermínsul Vergara Diossa por los cargos formulados en juicio, y absolvió a Pedro Luis Diossa Ospina por el homicidio y lo condenó por el robo.

En los cuestionarios sometidos a la consideración de los jueces de conciencia, visibles a los folios 833 a 838, redactados en forma separada, se preguntó, en síntesis, a aquéllos si los acusados eran responsables de haber causado, actuando cada uno en coautoría con los demás, la muerte de Carlos Rafael Martínez Barreto, "con propósito de matar, para consumar el delito de robo y abusando de las condiciones de inferioridad de la víctima", como también "de haberse apoderado de una suma de dinero, aproximadamente dos mil pesos, que portaba el señor Carlos Martínez Barreto, instantes después de haber sido lesionado éste, ejerciendo la máxima violencia, habiéndose cometido en despoblado y poniendo al ofendido en imposibilidad de obrar..."

Con fundamento en las respuestas del jurado, simplemente afirmativas para las diversas cuestiones, excepto para la concerniente al procesado Diossa Ospina por el cargo de homicidio, la que fue negativa, el juez del conocimiento, por sentencia de 31 de mayo de 1971, condenó a los procesados Gonzalo Jaramillo Flórez, Hermínsul Vergara Diossa y Pedro Luis Diossa Ospina a las penas principales de veintiuno, veinte y cuatro años de presidio, respectivamente, y absolvió al último de los nombrados por el delito de homicidio (Fls. 843 y 864).

El fallo de primera instancia fue recurrido en apelación y el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó en el suyo de 16 de septiembre de 1971, modificando sí la sanción impuesta al sentenciado Diossa Ospina, que se fijó en seis años de presidio terpusieron el procesado Jaramillo Flórez, (Fls. 880 a 889).

Contra la sentencia de segundo grado insu defensor y el defensor de Vergara Diossa el recurso extraordinario de casación, el que fue concedido y declarado admisible por esta Sala de la Corte en auto de 4 de febrero de 1972.

Las demandas de casación

En tiempo oportuno, los representantes judiciales de los procesados Jaramillo y Vergara presentaron los escritos de impugnación, formalmente ceñidos a las exigencias legales, y así se reconoció en providencia de 16 de mayo último. En uno y otro se invoca como motivo de casación el señalado en el numeral 3 del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo se sostiene que la sentencia acusada se dictó sobre un veredicto contradictorio. El defensor de Vergara Diossa aduce, además, la causal prevista en el numeral cuatro del referido artículo, alegando que el fallo impugnado se pronunció en juicio viciado de nulidad de rango constitucional.

El cargo común a ambas demandas se sustenta, en resumen, razonando que como en las respuestas que el jurado dio a los cuestionarios relacionados con los sindicados Jaramillo Flórez y Vergara Diossa, en los que se interrogó si éstos eran responsables de la muerte ocasionada a Carlos Martínez Barreto en las circunstancias especificadas en el auto de proceder, "en coautoría" con Pedro Luis Diossa, y las respuestas fueron afirmativas, no pueden conciliarse éstas con la que negó la responsabilidad de Diossa, pues que en la cuestión correspondiente a este procesado se incluyó también la "coautoría" con los otros dos inculpados.

Dicen los actores que si Jaramillo y Vergara fueron declarados responsables del delito de homicidio en Martínez Barreto, hecho en que actuaron, según el auto de proceder, los cuestionarios y el veredicto, en coautoría con Diossa, no es comprensible ni jurídicamente aceptable que se hubiera absuelto al último de los citados, cuya situación se ligó en dichos actos procesales, en igualdad de condiciones, a la actividad de los demás procesados.

Textualmente afirma el defensor de Jaramillo Flórez, en los pasajes primordiales de su ataque a la sentencia:

"Cuando el Tribunal popular responde el cuestionario sobre la responsabilidad de Ja-

ramillo Flórez en el homicidio, está diciendo que sí es responsable de haber consumado el delito, en coautoría con Pedro Luis Diossa y Hermínsul Vergara Diossa, y cuando, al responder el mismo cuestionario en relación con Pedro Luis Diossa, expresa que no es responsable, está diciendo que la coautoría no existió con Jaramillo Flórez y Hermínsul Vergara, lo que entraña una flagrante contradicción, puesto que no pudieron los unos obrar con el otro y éste otro no obrar con aquéllos.

"Si Jaramillo Flórez y Hermínsul Vergara actuaron en coautoría con Pedro Luis Diossa —lo asevera el veredicto proferido en su contra—, cómo es posible admitir, al mismo tiempo, que Pedro Luis Diossa —lo afirma el veredicto en su favor— no actuó en coautoría con Jaramillo Flórez y Hermínsul Vergara? En un caso, el de Jaramillo Flórez y también el de Vergara Diossa, el homicidio fue cometido con la intervención solidaria de Pedro Luis Diossa, y en el otro caso, en el de Pedro Luis Diossa, éste no intervino, según las voces de los jurados de conciencia. Se puede intervenir y no intervenir al mismo tiempo? Se puede actuar y no actuar simultáneamente? Es de recibo esta contradicción palmaria de los jueces de hecho?

"Los términos de la ley tienen, necesariamente, y así hay que suponerlo, una correspondencia gramatical con lo que significan en el idioma y a esa cantera hay que acudir en multitud de ocasiones para esclarecer las frases, giros o palabras. Así el Diccionario de la Real Academia define: "**Coautor, ra. m. y f. autor o autora con otro y otros**". y "**autor, ra.** (del lat., auctor, oris) m. y f. **el que es causa de alguna cosa... en lo criminal, persona que comete el delito o fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera en la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado**". (Las subrayas son mías).

"Entendida así jurídica y gramaticalmente la coautoría de los tres sindicados en la muerte de Martínez Barreto —coautoría sobre la cual se le indagó a los jurados— surge de inmediato la contradicción del veredicto, que por ser tal, es inexistente. La actividad de los tres, tal como fue sometida a la conciencia de los jueces, era una, indivisible y no podía desvertebrarse, singularmente, sin caer en el antagonismo de afirmar y negar al mismo tiempo".

Por su parte, el defensor de Vergara Diossa, después de señalar esquemáticamente el contenido de las respuestas dadas por el jurado a las diversas cuestiones sobre el homicidio objeto de la causa, recalcando en que en las pertinentes a los procesados Flórez y Vergara se afirma su responsabilidad en coautoría con el sindicado Diossa, y en la atinente a éste se desconoce su responsabilidad, hace los planteamientos que a continuación se trasladan:

"El esquema anterior pone de relieve que el cuestionario no está compuesto necesariamente de una pregunta única. Puede estarlo, y de ordinario es así, integrado por **cuestiones varias**, que implicarán, necesariamente (así sí), según lo uno o lo otro, una respuesta simple o una respuesta compleja. Tal respuesta (simple o compleja), (según que el cuestionario lo sea o no), es la que, en los procesos donde interviene el jurado, **constituye el veredicto** que en ningún caso, se repite, deber ser **contradictorio**, lo cual significa que:

"**El veredicto contradictorio no lo es ya que no puede fundar una sentencia.**

"Siendo que el veredicto puede ser una respuesta compleja, ésto es integrada por varios juicios (o proposiciones que constituyen su expresión verbal), corresponde examinar si el anterior pugna con el Principio Lógico de no Contradicción y en cuál de sus modalidades.

"El mismo esquema aclara que no se trata de un solo juicio sino de dos, auncuando expresados verbalmente en tres proposiciones.

"Sean las proposiciones uno, dos y tres (como lo indica el esquema) y tendremos lo siguiente:

"La proposición Uno **implica** o contiene totalmente a la Proposición Dos, lo que quiere decir que las proposiciones uno y dos son la **expresión de un solo juicio.**

"Este juicio, según lo pone en evidencia el esquema, **es el contradictorio** (VrS) del juicio expresado en la Proposición Tres, ya que lo que se afirma en él, la **responsabilidad de a**, en **coautoría** con **b** y **c** y la **responsabilidad** de **b** en **coautoría** con **a** y **c**, o lo que es lo mismo,

"La responsabilidad de a y b
En coautoría con c,
se niega en el otro que afirma

"La no responsabilidad de c
en coautoría con a y b,
o lo que es lo mismo,

"La no responsabilidad de a y de b, de donde la violación del Principio Lógico de no Contradicción, codificado expresamente por la causal tercera de casación penal es ostensible ya que unas mismas propiedades (responsabilidad y coautorías) se afirman en el primer juicio de a (llamémoslo mi defendido de oficio, Hermínsul Vergara Diossa) y en el otro se niegan respecto del mismo, al propio tiempo y desde el mismo respecto marcado por el cuestionario.

"La casi palpable realidad anterior, reclama una revisión de la doctrina tradicional de la H. Corte que ha limitado el Principio Lógico de no Contradicción a una de sus modalidades, la que se tiene respecto de un solo juicio, dejando de lado la otra en que dos juicios (proposiciones que son su expresión oral, se reitera) son contradictorios entre sí porque uno afirma una o unas mismas propiedades que el otro niega, en respuesta a un mismo cuestionario y formando parte, en consecuencia, del mismo veredicto, como es en el caso materia del examen.

"Para que el veredicto no hubiese sido contradictorio se habría requerido un sólo juicio condenatorio o absolutorio, contenido o expresado en respuestas de no responsabilidad o de sí responsabilidad a las cuestiones uno, dos y tres del cuestionario sometido al examen del jurado o, la exclusión, en el primero de los juicios de c, (llamémoslo Pedro Luis Diossa Ospina), que aparece exonerado de responsabilidad en coautoría con a y b (uno de ellos Hermínsul Vergara Diossa), en el segundo juicio, pues al mismo sujeto no se le puede incluir y excluir al propio tiempo y desde el mismo respecto que marca el cuestionario, que fue lo que ocurrió.

"Demostrada, en fin, la contradicción del veredicto proferido en este proceso contra Hermínsul Vergara Diossa y otros,

"El cargo debe prosperar".

El otro cargo que el representante judicial de Hermínsul Vergara postula en su demanda, invocando técnicamente en primer lugar, es, como antes se dijo, el de haberse dictado la sentencia impugnada en un juicio viciado de nulidad de carácter supralegal, causal de casación contemplada en el ordinal 4º del Art. 580 del C. de P. P. Lo hace consistir en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que actuó como juez ad-quem, incurrió en grave equivocación en el auto de 19 de diciembre de 1969, por medio del cual declaró la nulidad del juicio a partir del auto de proceder, inclusive, por error en la denominación jurídica de las infracciones atribuidas a los procesados, error que en opinión del actor no existió, pues el pliego de cargos había sido correctamente elaborado por el juez de primera instancia, y que por razón de esa providencia equivocada quedó sin valor la audiencia pública que se había celebrado y en la cual se afirmó una responsabilidad atenuada de su representado.

El censor se extiende en consideraciones dirigidas a demostrar que careció de fundamento la declaración de nulidad hecha por el Tribunal Superior de Medellín en el proveído ameritado, ya que el primer auto de vocación a juicio de los procesados estaba ajustado a la ley, y que con aquella actuación se conculcaron las formas propias del juicio, exigidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional para el debido proceso, y se lesionaron derechos de su asistido. "Demostrado hasta la saciedad —dice— que el proceso seguido a Hermínsul Vergara Diossa y otros fue regular hasta la declaración de la nulidad inexistente de que se ha hablado, tal declaración, al retrotraer, como consecuencia, la actuación para que los hechos volvieran a calificarse, no sólo socavó un segundo veredicto dado a mi defendido, base procesal de su juzgamiento, sino que, en fraude a la ley, desconoció ese pilar fundamental, afectando, de paso, su estructura siempre progresiva y preclusiva, en fin, haciendo trizas, más que desfigurando, el esquema procesal, con notorio perjuicio suyo, pues a la postre tenía en su favor una respuesta definitiva de responsabilidad favo-

rable, por el cargo de homicidio y recibió en nueva audiencia posterior a la declaración inexistente de nulidad, otra de simple afirmación de los cargos, con la cual le fue aumentada la pena a purgar de 5 años, 8 meses y 24 días, a 21 años". Y agrega para terminar:

"Cuáles formas de garantizada observancia por nuestra Constitución se realizaron en favor del recurrente, si el esquema del que se le siguió, su estructura y sus bases mismas, fueron vueltas ripio, en virtud de una nulidad imaginaria, con notorio perjuicio?

"Ni siquiera por razones de equidad, se le dejó por fuera de los estragos de la nulidad, como habría sido lo correcto, si lo que se quería era favorecer al coprocesado Jaramillo Flórez.

"Qué hacer?

"Ahora sí respondo:

"Casar la sentencia proferida en este proceso, evidentemente viciado de nulidad supralegal desde la imaginada nulidad que mandó retrotraer todo lo actuado a partir del auto de llamamiento a juicio, inclusive y, en su lugar, mandar que, por el H. Tribunal, se examine la sentencia del juez de instancia, recogedora de su segundo veredicto".

Importa anotar que el decreto de nulidad que critica el defensor del procesado Vergara se basó en imprecisiones en la formulación de los cargos a los sindicados en el auto de proceder, lo que, a juicio del Tribunal ad-quem, constituía causa suficiente para la invalidación de la causa. Tales imprecisiones consistieron en que el juzgado del conocimiento, "en los seis primeros numerales de la parte resolutiva del auto de proceder, ligó la conducta de los procesados con la palabra "**colaboración**", que gramaticalmente significa "trabajar con otra u otras personas", pero que jurídicamente —y legalmente frente a la legislación colombiana— tiene multitud de significados, cada uno con secuelas legales distintas. Hay "**colaboración**" por ejemplo, en la coautoría, en lo complicidad necesaria, en la complicidad no necesaria, en la complicidad correlativa, en la determinación a otro para que cometa un delito, en el hecho de la orden militar superior para consumar una infracción cualquiera. Y todos estos casos de "colaboración" constituyen situaciones, jurídicas distintas, con implicaciones o consecuencias también distintas". (Fls. 599 y ss. del C. Nº 2). Y complementa así el Tribunal la motivación de su decisión: "los razonamientos anteriores conducen necesariamente a la conclusión de que en el auto en que se enjuició a los procesados Jaramillo, Vergara y Diossa, existe disparidad, contradicción, entre la calificación hecha en la parte motiva y la expresada en la parte resolutiva en cuanto a la calidad en que actuaron aquéllos en los ilícitos que se les atribuye, disparidad o contradicción que se traduce en error relativo a la denominación jurídica de la o las infracciones porque se procede, ya que no es ajena a dicha "**denominación jurídica**", ni puede serlo, la calidad especial (coautor, cómplice, etc.) que en la ejecución de la infracción tenga o se le prueba al incriminado. Por otra parte, la lasitud o la amplitud del término "**colaboración**" podría llegar a permitir o a tolerar en los procesos penales que se atribuyera a los sindicados, en las diversas etapas del juzgamiento, una "**colaboración**" sancionada con mayor pena que la que realmente corresponda a otra de menor punibilidad, contenida implícita o explícitamente en el auto de cargo".

El patrono judicial de Vergara, en el libelo de demanda, se esfuerza en sostener que fueron equivocadas las consideraciones del juzgador de segundo grado, pues que "los cargos fueron formulados correctamente, con claridad y con la precisión que requiere el caso para evitar anfibologías", en el auto con que se calificó por primera vez el sumario, y que la palabra "colaboración" que allí se empleó para asociar la conducta de los inculpados no ofrecía dudas en cuanto a sus alcances. Deduce que no ha debido anularse el juicio, y que al hacerlo así se violaron la Constitución y la ley y se incurrió en una verdadera nulidad, que "apareció en el proceso con ocasión y a partir del decreto de la que imaginó el H. Tribunal, inclusive".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal contestó el traslado de las demandas,

oponiéndose a sus pretensiones. Con relación a la pretendida nulidad, aducida por el defensor de Vergara Diossa en la órbita de la causal cuarta de casación, a la cual se refiere en primer término, apunta el Procurador:

"En realidad, la impugnación no se dirige contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Gonzalo Jaramillo y a Hermínsul Vergara sino contra el auto de 19 de diciembre de 1969 que declaró la nulidad del proceso a partir de la calificación del sumario.

"Aparece indudable a este Despacho que el auto de vocación a juicio, integrado por las providencias del 29 de julio de 1966 y el 30 de enero de 1967, desconocía las formas propias del juzgamiento porque en la parte resolutiva se especificaron los delitos atribuidos a los acusados —contrariando lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal vigente para esa época— y porque se empleó la expresión "colaboración" no consagrada en la ley penal colombiana, cuya significación jurídica comprende toda las normas de participación en el delito que son muy diversas en su naturaleza jurídica, como es bien sabido.

"Todas estas razones fueron alegadas y probadas por el defensor de Gonzalo Jaramillo pero el juzgador de segunda instancia optó por reconocer como motivo de invalidación del proceso el error en la denominación jurídica de la infracción que, en opinión de este Despacho, no era pertinente.

"De todas maneras el proceso se invalidó y no existe hoy fundamento jurídico alguno para desconocer esa providencia judicial. No parece razonable a este Despacho invocar el quebrantamiento de las formas propias del juicio cuando precisamente esa declaración vino a remediar una situación —ella sí violatoria de los principios que informan el plenario— por determinarse los delitos en la conclusión del auto de proceder y no precisarse la forma de participación de los tres acusados, todo en perjuicio del derecho de defensa".

Respecto de la causal tercera de casación, propuesta en ambas demandas, expresa el Colaborador Fiscal que el planteamiento que hacen los actores, para afirmar que hay contradicción en el veredicto recaído en la causa, es equivocado, porque cada cuestionario en juicios por jurado debe referirse a cada delito y a cada procesado, con especificación de las circunstancias del hecho reconocidas en el auto de proceder, de acuerdo con el Art. 502 del C. de P. P., anterior (hoy Art. 537), como aquí aconteció, y que 'individualizados los cargos el jurado puede declarar la inocencia de alguno o algunos y negarla respecto de los demás teniendo en cuenta que la responsabilidad penal es personal e intransmisible". Y añade el Agente del Ministerio Público:

"No es válido el argumento consignado en la demanda a nombre del acusado Vergara y conforme al cual el Tribunal de conciencia ha debido declarar la responsabilidad de los tres acusados o absolverlos a todos por el homicidio, o, en últimas, pronunciarse respecto de la situación de los tres en cada uno de los cuestionarios sometidos a su consideración, ya que la primera solución atenta contra la institución del jurado pues mal podría limitarse su libre determinación obligándolo a condenar o a absolver indiscriminadamente a los acusados y en cuanto a la segunda, ella sí daría ocasión a enrevesados veredictos por la natural confusión en decidir, la situación de los acusados tantas veces cuantos cuestionarios se propusieron al juri.

"Es superfluo agregar que el cuestionario del folio 833 del cuaderno número cinco sólo preguntaba por la responsabilidad de Diossa Ospina respecto del homicidio y el jurado, en su respuesta la negó. Mal puede extenderse la contestación a los otros acusados porque respecto de ellos se formularon los cuestionarios de los folios 834 y 835.

"En definitiva, no encuentra este Despacho contradicción en los veredictos que declararon a Jaramillo y a Vergara responsables del homicidio en Carlos Martínez y el que absolvió a Diossa por este ilícito. La situación jurídica es clara: Pedro Luis Diossa no tomó parte en la muerte violenta ocasionada a Carlos Rafael Martínez (los anteriores jurados también lo habían absuelto, folios 382 y 525 del cuaderno número 2) la cual fue obra exclusiva de los dos primeros.

"La forma de ejecución del delito reconocida en el enjuiciamiento, la coautoría, no desapareció con la absolución de Pedro Luis Diossa porque se predicó de Jaramillo y Vergara. El fallo de la Corte Suprema al cual aludió el representante judicial de Gonzalo Jaramillo se refiere a una situación jurídica diferente a la que es objeto de este estudio, porque en aquélla el jurado afirmó que uno de los acusados había actuado "por ira e intenso dolor por las heridas inferidas a su hermano, sin concurso recíproco" y respecto del otro declaró que había obrado "en estado de ira e intenso dolor". La contradicción era evidente porque en cuanto al primero declaró que había actuado solo pero en cuanto al segundo afirmó que el delito se había cometido en concurso.

"Aquí, se repite, no hay contradicción porque el jurado declaró que Diossa Ospina no había tomado parte en el homicidio, delito que atribuyó a los otros dos acusados en "coautoría", por manera que esa circunstancia subsistió respecto de Jaramillo Flórez y Vergara Diossa.

"En definitiva, no advierte este Despacho contradicción en los veredictos pronunciados en esta causa".

Se considera

I. La nulidad de toda o de parte de la actuación procesal, decretada por los juzgadores de las instancias en forma oficiosa o a petición de parte, conforme a lo dispuesto en los Arts. 212 y 213 del C. de P. P. (antes 200 y 201), produce el efecto de dejar sin ningún valor las diligencias comprendidas en ella, como si no se hubieran realizado, desde el momento en que se ejecutoría la providencia que así lo declara, que al quedar en firme se convierte en ley inmodificable del proceso y obliga necesariamente la reposición de los actos invalidados, aunque la decisión se haya apoyado sobre premisas falsas, cuestión ésta que no puede examinarse en casación, como que este recurso extraordinario está circunscrito a los precisos motivos señalados por el Art. 580 del Estatuto Procesal.

II. La casación no es una instancia que permita estudiar sin limitaciones todas las cuestiones resueltas en el desarrollo del proceso, sino un medio de impugnación excepcional que solamente autoriza a la Corte para revisar la sentencia censurada por el actor a través de las glosas postuladas en la impugnación, las que no pueden ser otras que las contempladas en el artículo 580 citado.

III. Verdad es que una de las causales de casación es la de que el fallo se haya dictado en juicio viciado de nulidad (num. 4 del Art. 580 del C. de P. P.), causal que tiende a preservar la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 26 de la ley suprema y que ha sido aquí invocada por uno de los demandantes. Pero la nulidad que fundamenta el recurso debe estar vigente en el proceso y comprometer los actos jurídicos constitutivos del antecedente directo de la sentencia. Si, en caso de una reposición de lo actuado, por consecuencia de una declaración de nulidad en las instancias, que, como se dijo, borra las diligencias originales sin que sea posible la restauración de su eficacia, se alega una nulidad, ésta ha de versar indispensablemente sobre los nuevos actos del proceso, realizados en sustitución de los invalidados, pues sobre los que fueron anulados no es posible la reapertura del debate, aunque hubiera sido errada la determinación del juzgador respecto de la nulidad. La firmeza del decreto de anulación, adquirida por la ejecutoria de la providencia correspondiente, cierra toda controversia sobre la legalidad de la resolución y obliga la reconstrucción de lo que se dejó sin vigor.

IV. Por consiguiente, no puede la Corte analizar aquí si el auto de 19 de diciembre de 1969, por el cual el **ad-quem** declaró la nulidad del juicio original, tuvo o no fundamentación legal, como que la revisión de dicho acto jurisdiccional atentaría palmariamente contra las normas rectoras del proceso. Y como en el fondo ello es lo que se pretende por el defensor del procesado Vergara, a través de la causal cuarta de casación, a la que no le atribuye ninguna otra sustentación, el cargo postulado a su amparo no puede prosperar.

V. Veredicto contradictorio, ha dicho esta Sala de la Corte, es el que contiene proposiciones opuestas e inconciliables, porque unas afirman lo que otras niegan, con

desconocimiento del "principio de contradicción", según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. También ha expresado la Sala que "Cuando el veredicto del jurado se halla integrado por una sola respuesta, bien sea un SI afirmativo de la responsabilidad o un NO negativo de la misma, de esas respuestas, o del veredicto emitido en esa forma, no puede predicarse el principio de contradicción, porque existe un imposible real o físico derivado de la ausencia de otra proposición con la cual se pueda hacer la comparación"... "Si contradictoria es la proposición que afirma o niega a un mismo tiempo, es claro que esa pugna o esa contradicción debe hallarse en los términos de ella, es decir, del veredicto en este caso, y no entre su texto y el sentido que le dieron los juzgadores, lo que apenas se llamaría disparidad del criterio, del parecer, del concepto de diversas personas"... "La causal 7ª de casación (hoy 3ª, con alguna modificación que no altera el sentido medular de la doctrina) apenas hace referencia a los casos en que la contradicción dice relación al veredicto mismo y no a los términos del cuestionario sometido al jurado, y esto es obvio, porque es allí donde puede presentarse lo inconciliable de las proposiciones que constituyen la respuesta, que es el significado auténtico del veredicto contradictorio" (Sentencias: 25 de marzo, 1947, LXIII, 140; 17 de junio, 1946, LX, 827; 6 de mayo, 1952, LXXII, 253)". Tales sentencias fueron recordadas en el fallo de 16 de octubre de 1970, G. J., CXXXVI, páginas 227 y 228.

VII. La Corte reafirma la doctrina según la cual de una respuesta monosilábica del jurado "no puede predicarse el principio de contradicción", pero aclarándola en el sentido de que ella tiene validez en cuanto el cuestionario a que se refiera la contestación haya sido correctamente elaborado. Porque si la cuestión sometida a la decisión del jurado encierra flagrante contradicción, verbigracia, si se inquiere a los jueces de conciencia si el procesado es responsable de haber causado la muerte del occiso, determinado por insuperable coacción ajena, la respuesta afirmativa que diera el jurado, así estuviera concebida por el solo adverbio afirmativo "Sí", reflejaría, por necesidad lógica, la contradicción del interrogante.

VII. La contradicción del veredicto, como causal de casación y a términos del numeral 3 del Art. 580 del Código de Procedimiento Penal, ha de recaer sobre aspectos esenciales atinentes al tipo del delito o a la responsabilidad del acusado, de modo que suscite la perplejidad del fallador y que no pueda éste pronunciar sentencia sin escindir caprichosamente el veredicto, para acogerlo en parte y desecharlo en el otro de sus extremos, con lo cual se violaría el Art. 519 del C. de P. P., pues el fallo no podría estar jamás de acuerdo con la totalidad del veredicto, en lo sustantivo y obligante del mismo.

VIII. Es innegable que en las respuestas dadas por el jurado a los cuestionarios que el juez del conocimiento propuso a su consideración, visibles a los folios 833, 834 y 835, se observa una contradicción, correlacionándolas, pues en dos de ellas se afirma que los procesados Jaramillo Flórez y Vergara Diossa actuaron en coautoría con Diossa Ospina, al dar muerte a Carlos Martínez Barreto, circunstancia que se niega en la respuesta dada a la pregunta atañedera al sindicado Diossa Ospina, cuya responsabilidad fue negada. Pero esa contradicción es accidental e irrelevante, como que en nada se altera la responsabilidad declarada de los acusados Jaramillo y Vergara por el hecho de que se hubiera denegado la responsabilidad del procesado Diossa en el homicidio de Martínez, ya que la responsabilidad criminal no es solidaria sino individual. La armonización de las aludidas respuestas es bien fácil: Gonzalo Jaramillo Flórez y Hermínsul Vergara fueron "coautores", es decir, cada uno de ellos fue autor, en concurso con el otro, de la muerte violenta de Carlos Martínez Barreto, causada con características de asesinato, y Pedro Luis Diossa Ospina no intervino en ese hecho. Así interpretaron los juzgadores de las instancias el veredicto a los veredictos de autos, en forma correcta.

IX. La accidental contradicción que se deja mencionada obedeció, primordialmente, a una defectuosa formulación de los cargos en el auto de proceder, que trascendió consecuencialmente a los cuestionarios so-

bre los cuales se pronunció el jurado, ya que se empleó, para señalar la participación de los procesados en los hechos delictuosos objeto del juicio, un término jurídico, el de "coautoría", que tiene, cierto es, un elaborado desarrollo en la doctrina y que en rigor comprende a los "autores" de un delito, pero que no es verdaderamente el usado en el Art. 19 del C. P. Si las imputaciones penales se hubieran separado en el pliego de cargo y en los cuestionarios siguiendo estrictamente los términos de los artículos 19 de ley penal y 537 del C. de P. P. (antes 502), ha debido preguntarse al jurado, acerca de cada uno de los procesados, si era responsable de haber tomado parte en la ejecución del hecho (con la descripción de los elementos del delito correspondientes y de sus circunstancias especificadoras) y así las respuestas que emitieron los jueces de conciencia no habrían ofrecido seguramente ningún motivo de censura. La imperfección anotada, aunque no es causal de nulidad de ninguna naturaleza ni ha merecido reproche de las partes, fue la que dio ocasión a la aparente, que no real, contradicción del veredicto.

X. Por las consideraciones precedentes, la impugnación a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el marco de la causal tercera de casación, común a las demandas que ahora se resuelven, no prospera.

Decisión

En armonía con lo dicho, la Corte Suprema —Sala 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 contra la sentencia de 16 de septiembre de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La Corte reitera su doctrina en el sentido de que no es procedente aducir en casación la infracción indirecta de la ley en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diecinueve de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Por sentencia de fecha 14 de julio de 1971 el Juzgado Tercero Superior de Socorro entre otras resoluciones tomó la de: "Primero: Condenar como en efecto se condena, a Rito García Coy, alias "Cara de Diablo" quien también se ha hecho llamar Rito Antonio o Miguel García Coy, o como Gonzalo Mateus, hijo de Rufino y Rosa, natural de Puente Nacional, soltero, dice ser agricultor y alfabeta, a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a la accesoria de diez años de colonia agrícola penal como responsable de los siguientes delitos: múltiples homicidios agravados en las personas de Juan Cándido Muñoz; Serafín Caro Cortés; Roque Cortés; Israel Mateus Sosa; Alcira Ovalle de Mateus y Francisco Saavedra en hechos que tuvieron ocurrencia el 20 de julio de 1959 en el punto llamado "Puente Blanco" vereda "Resguardo" del Municipio de Puente Nacional. Homicidio imperfecto agravado, en la persona de Gregorio Caro, y robo agravado en bienes de Francisco Sánchez, Antonio Camelo Valenzuela, José del Carmen Ortiz y Policarpo Ariza, en hechos ocurridos el 25 de enero de 1960 en la vereda "Semisa" de Puente Nacional. Doble homicidio agravado en las personas de David Pinzón Segura y Sebastiana Roa de Pinzón, el 25 de junio de 1962 también en la vereda "Semisa" de Puente Nacional.

"Parágrafo: Se le condena además, y también como accesorias, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la pérdida de la patria potestad si la tuviere, y a la publicación especial de la sentencia. Finalmente, en abstracto al pago de los daños y perjuicios causados con las infracciones".

Mediante esa misma providencia otros procesados fueron condenados a penas privativas de la libertad, más las accesorias correspondientes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por medio de la suya calendada el 5 de noviembre de ese año, resolvió "confirmar, como en efecto confirma, integralmente, el fallo condenatorio impugnado, al cual se hizo mérito en la parte expositiva anterior". Contra esta decisión interpuso recurso extraordinario de casación el sentenciado Rito García Coy, el cual le fue legalmente concedido. Agotada la tramitación correspondiente pasa a resolverse lo que se estimare de ley.

Primero: Hechos

Dentro de estas diligencias se está frente a varias causas debidamente acumuladas, cuyos hechos delictuosos, en orden cronológico, son presentados en la sentencia recurrida en casación de la siguiente manera:

"En las primeras horas de la mañana del día veinte de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, un grupo de forajidos mili-

tarmente uniformado y armado hasta los dientes, se apostó en las inmediaciones de "Puente Blanco", vereda de "El Resguardo" del Municipio de Puente Nacional, y con ferocidad inaudita procedió a la matanza de cuanto campesino acertó a transitar por allí. Acribillados cayeron, a bala y machete, siendo arrojados al río, Juan Cándido Muñoz, Serafín Caro Cortés, Roque Cortés, Israel Mateus Sosa y Alcira Ovalle de Mateus. Francisco Saavedra sobrevivió a la masacre no obstante haber recibido heridas de consideración que determinaron su inmediata hospitalización una vez rescatado de las aguas del río.

"De las ilicitudes que dieron lugar a la segunda causa, consumadas el día veinticinco de enero de mil novecientos sesenta, al folio 53 del cuaderno Nº 1, aparece la siguiente síntesis oficial:

"Cuentan los autos que el día lunes veinticinco del mes de enero del presente año, una cuadrilla de bandoleros en número de seis, uniformados de soldados color verde, armados de revólveres, carabinas y escopetas, penetraron sorpresivamente a la casa del señor Francisco Sánchez y requisaron minuciosamente todos los lugares llevándose un revólver trinquete cañón largo, que tenía guardado el dueño de casa, dos linternas y unas monedas de plata antigua. Seguidamente y consumado el hecho anterior, la banda se dirigió a la casa del señor Antonio Camelo Valenzuela, sustrayéndole de allí una suma considerable de dinero y un machete que portaba al cinto; siguiendo su correría delictuosa arribaron a la casa de Macario Ortiz en donde capturaron a Arturo Ovalle obligándolo a servir como guía para que los llevara a la casa de José del Carmen Ortiz y a la suya propia. En la primera se sustrajeron de una de las habitaciones varias herramientas de carpintería y de la de Ovalle se dirigieron hacia la habitación de Policarpo Ariza, pero en el camino encontraron al señor Gregorio Caro quien al huir le hicieron varios disparos sin que fuera alcanzado. Ya en la casa de Policarpo Ariza se sustrajeron de las habitaciones un reloj de pulso y otros objetos, y luego de ésto se retiraron siendo interferidos más adelante por el Ejército Nacional quien les causó una baja".

"De la tercera tragedia ocurrida el veinticinco de junio de mil novecientos sesenta y dos hizo el instructor a folios 103 a 107 el siguiente compendio, al calificar el mérito sumarial:

" 'David Pinzón Segura y su esposa Sebastiana Roa de Pinzón, ambos vecinos de Puente Nacional, agricultores de profesión, residían con su familia en el sitio denominado "El Modelo", de la vereda "Semisa", de esta comprensión municipal; en dicha casa los esposos Pinzón Roa tenían una pequeña cantina y un juego de tejo a donde acudían sus vecinos, y también gentes ambulantes que hace tiempos merodeaban por estas regiones. Los esposos Pinzón Roa eran los padres de una menor de nombre Lucila, de unos catorce años de edad, poseedora de algunos atractivos físicos, y quien era pretendida por algunos de los sujetos que visitaban la cantina de sus padres; especialmente y en los últimos tiempos, se hizo frecuente la visita de Rito Antonio García Coy (a. 'Carediablo') y de algunos de sus compinches, como Buenaventura Cuadrado, exguardián de la cárcel de Puente Nacional y quien con 'Carediablo' y Peña Sánchez o Sánchez Peña (Ignacio), fue cómplice en la fuga de estos últimos, toda vez que se fue en su compañía el día de la fuga. Fue notoria la inclinación de Carediablo hacia la menor Lucila, a la cual le hizo propuestas de abandono del hogar, que no fueron aceptadas ni por la menor, ni por sus padres; éstos, para evitar algún funesto desenlace en esos requerimientos amorosos, resolvieron enviar a la menor Lucila a Bogotá, a casa de unos conocidos, y fue así como partió hacia esa ciudad el domingo veinticuatro de junio del presente año.

" 'Conservando García Coy, su habitual costumbre de visitar la casa de la menor, concurrió a ésta el lunes veinticinco en horas de la mañana, y un poco indignado, al parecer, exigió a los esposos Pinzón Roa, la presencia de Lucila; como éstos le informaran lo que habían dispuesto con la menor, resolvió ultimarlos en esa misma mañana'."

Segundo: Actuación procesal

1. Primer proceso

Se inició la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puente Nacional

el mismo día 20 de julio de 1959, en que ocurrieron los hechos. Luego de larga tramitación, el 9 de abril de 1964 se declaró cerrada la investigación (primera causa, cuaderno Nº 2, Fl. 85 vto.). Por auto de 25 de septiembre de ese año el Juzgado Segundo Superior del Socorro abrió causa criminal contra varios sindicados, sobreseyó temporalmente en favor de algunos otros, de manera definitiva en favor de Efraín Mateus y decretó "la cesación de procedimiento en favor de Venancio Hernández, por estar acreditado de autos su fallecimiento". Tomó, además, algunas otras medidas (Id. Fls. 99 ss.). Concedido el recurso de apelación interpuesto por algunas de las partes contra aquella providencia (Id. Fl. 153 vto.), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez (hoy extinguido) por la suya de 29 de noviembre de 1966 confirmó "el punto primero del auto recurrido, en cuanto se refiere a los sindicados Rito García Coy (a. 'Cara de Diablo'), Rufino o Tocayo García Coy, Miguel García Coy, Misael Carrillo, José Vicente Ovalle y Efraín Ariza, este último de anotaciones personales desconocidas en autos", quienes habían sido llamados a juicio "por los delitos de homicidio en Juan Cándido Muñoz, Serafín Caro Cortés, Roque Cortés, Israel Mateus Sosa, Alcira Ovalle de Mateus y homicidio imperfecto en Francisco Saavedra"; revocó los enjuiciamientos de Elpidio o Empidio Caro, Alfonso García y Roque Villamil a quienes, en su lugar, sobreseyó en forma temporal; confirmó la medida tomada con relación al sindicado Venancio Hernández, "por estar satisfactoriamente acreditado" su deceso y también los sobreseimientos temporales y el definitivo que habían sido decretados y dictó otras disposiciones (primera causa, cuaderno Nº 3 Fls. 31 ss.).

Luego de algunas incidencias procesales y en atención a la reforma implantada por el Decreto 900 de 1969, estas diligencias fueron enviadas al Juzgado Superior (reparto) del Socorro, en donde, entre otras medidas, se tomaron las pertinentes para una posible acumulación (Id. Fls. 173 ss.).

2. Segundo proceso

Al día siguiente, consumados los hechos que atrás se dejaron sucintamente relacionados, la Alcaldía Municipal de Puente Nacional inició esta investigación la cual, luego de la tramitación de rigor, fue cerrada por auto de 8 de junio de 1962 (Fl. 105 vto. del 2º Cuaderno). Tras algunas incidencias procesales, incluyendo la declaratoria de una nulidad, por auto de 15 de noviembre de 1968 el Juzgado Primero Superior de Vélez, al calificar el mérito de la investigación abrió causa criminal contra "Rito o Miguel García Coy o Gonzalo Mateus, Ignacio Sánchez o Peña y Pablo Peña, por el delito de robo y contra el primero de los nombrados también "por homicidio imperfecto (tentativa) en la persona de Gregorio Caro", además, tomó otras determinaciones.

3. Tercer proceso

La investigación de los hechos en él contemplados se inició el día siguiente de ocurridos por la alcaldía municipal de Puente Nacional y, previo el respectivo cierre de ella (causa 3ª, Cuad. Nº 1, Fl. 121 vto.), culminó con auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Segundo Superior del Socorro contra el prenombrado Rito Antonio García Coy (a. "Cara de Diablo") "por el delito de homicidio en las personas de David Pinzón Segura y Sebastiana Roa Pinzón" y con sobreseimiento temporal en favor de Buenaventura Cuadrado por razón de los mismos ilícitos (Id., Fls. 127 ss.). Recurrida la providencia por el defensor del encausado, fue confirmada por el Tribunal.

4. Como se anotó anteriormente, los 3 procesos fueron legalmente acumulados (Cuad. Nº 4, Fls. 184 ss. y Cuad. Nº 6, Fls. 64 ss.), 71 ss.). Se verificó el sorteo de jurados y el 16 de junio de 1970 se inició la respectiva audiencia pública (Cuad. Nº 6, Fls. 105 ss.), la cual culminó con veredicto condenatorio por unanimidad para todos los sindicados, sin aclaración ni explicación ninguna, salvo en el caso del homicidio frustrado en Gregorio Caro, veredicto en el cual el jurado expresamente le quitó el agravante de indefensión o inferioridad que le había sido deducida en el auto de proceder (Id. Fls. 86 ss.). El juez de primera instancia dictó sentencia condenatoria aceptando en su integridad los veredictos (Id. Fls. 129 ss.), la cual fue confirmada en todas sus partes por la recurrida en casación.

Tercero: La demanda

El apoderado, luego de breve reseña procesal y de presentar los hechos con las palabras del Juzgado 2º Superior del Socorro y del Tribunal, formula contra la sentencia recurrida un solo cargo que enuncia así:

"Primera causal que invoco

"El segundo motivo previsto en la causal primera del artículo 580 del C. de P. P.: **violación indirecta de la ley**, por error de hecho.

"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 error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

"Fundamentos en que apoyo esta causal

"Acuso la sentencia recurrida, por haberse incurrido en violación indirecta de la ley; por error de hecho, al dar como probada la identidad de mi representado, **Rito Antonio García Coy** y, consecuencialmente, su responsabilidad en la totalidad de los hechos que le son imputados".

Para fundamentarlo, arguye:

Con relación a la primera causa: sostiene que la identidad de su poderdante no puede establecerse con declaraciones, como lo hace el Tribunal en el auto de proceder, sino que era necesario tenerlo a la vista y apelar "al proceso de las huellas dactilares". Critica el reconocimiento en rueda de presos que Francisco Saavedra hizo del sujeto que dijo llamarse Miguel García Coy, porque "varios meses atrás el testigo afirmó no conocer a ninguno" y porque el reconocido en la diligencia dijo que el testigo había estado antes en la cárcel en compañía de Otoniel Ariza quien le había dado instrucciones para que lo reconociera. Dice que el Teniente Arcila hacía circular el rumor de que el jefe de los bandoleros era Rito García. Critica el auto del Tribunal por cuanto esta entidad afirma que por referencias Teresa Rodríguez y Ana Delia Barrantes identifican a Rito García, hijo de Rufino García, cuando la verdad es que ellas se han referido es al último, haciendo destacar que en la declaración de Teresa el nombre Rufino aparece escrito con tinta. Concluye que esta prueba es prefabricada, pues basta ver "el folio 63 del cuaderno principal, en esta primera causa, para saber que hubo deseo directo de crear un personaje que cargara con el peso de una responsabilidad que requería un mayor esfuerzo probatorio". Además, no es serio hacer reconocimientos sobre fotografías y fotocopias.

Con relación a la segunda causa, luego de transcribir lo pertinente del Tribunal sobre la identidad de Rito, se limita a afirmar: "No se ha demostrado, que este sujeto, sea el mismo al que se refiere el anterior proceso".

Con relación a la tercera causa: Unicamente dice: "En el tercer proceso, el reconocimiento se hizo sobre unas fotocopias. No hay demostración seria que demuestre que mi mandante es la misma persona a quien se imputa el doble homicidio pasional".

Solicita que se case el fallo y se dicte el que deba reemplazarlo y finaliza con el siguiente:

"Resumen de los cargos

"Faltó la prueba plena y completa que se requiere para condenar (Art. 215 del C. de P. P.), sobre la responsabilidad del procesado.

"En estas circunstancias es procedente la acusación del fallo, por violación indirecta, ya que se ha dado validez a pruebas inexistentes, para concretarle una responsabilidad concreta".

Cuarto: Consideraciones de la Sala

1. El Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de resumir los hechos, la actuación procesal y la demanda, solicita de esta corporación desechar el recurso de casación porque habiendo intervenido el jurado en la declaración de responsabilidad del procesado "no es posible reabrir a través del recurso de casación el debate sobre el valor de las pruebas, que precisamente fue objeto de examen por parte de los jueces de conciencia". Además: porque en el fondo se es-

taría frente a la exposición de la causal de nulidad consagrada por el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y, en estas circunstancias, la demanda de casación ha debido basarse con invocación de la causal 4ª del artículo 580 del mismo Código, cuestión que no se hizo ni se planteó, por lo cual "no le es posible a la H. Corte oficiosamente ir más allá de lo invocado y pedido por el demandante" (Cuaderno de la Corte, Fls. 16 ss.).

2. El demandante, como se dejó reseñado, acusa la sentencia por "violación indirecta de la ley, por error de hecho", el cual hace consistir en haberse dado como demostrada la identidad del sentenciado Rito Antonio García, cuando no había prueba de ello y, en consecuencia, tampoco de su responsabilidad penal, faltando así la prueba plena o completa para condenar, que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

A la violación indirecta de la ley se refiere el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que estatuye: "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 error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

De manera que de acuerdo con esta norma es deber del actor demostrar de manera absoluta ese error de derecho o de hecho con fundamento en la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, que llevó a la violación de la ley.

En los juicios en que interviene el jurado, sus integrantes deciden "en privado", en conciencia y por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado y está absolutamente prohibido interrogarlos acerca de la razón que tuvieron para hacerlo en una u otra forma ya que les está vedado "tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les corresponde o hubiera correspondido intervenir como jueces" (C. P. P., Arts. 536, 560 y Sgt.). Y la sentencia en esos mismos procesos "se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate" (Id. Art. 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contraevidencia que sólo puede ser declarada por el juez competente en primera instancia, en el caso del artículo 565 del estatuto procesal penal o, por el Tribunal de segunda, en el caso de la norma 567 del mismo Código. Pero la declaratoria de contraevidencia escapa a la competencia de la Corte.

De ahí que ésta, en varias ocasiones haya expuesto:

"...no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otras), 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 precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria 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 y no puede, por tanto, plantearse al 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 (Art. 580 del C. de P. P.) (a más de las citadas, casaciones de 8 de mayo de 1970 y 24 de febrero de 1972).

De lo dicho se concluye que el cargo formulado contra la sentencia en cuestión, al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal no puede prosperar y, en consecuencia, atendiendo las voces del 582 del mismo ordenamiento, el recurso habrá de desecharse y se ordenará la devolución de estas diligencias al Tribunal de origen.

Decisión

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

La no realización de la diligencia de reconstrucción, no está erigida en causal de nulidad por la ley, ni es vicio sustancial de las formas rectoras del proceso como para darle categoría de nulidad constitucional. — La Corte reafirma su jurisprudencia según la cual la incorrecta formulación de la acusación en el auto de proceder, por ejemplo, por ambigüedad en el cargo o por denominación anfibológica de la infracción, puede originar nulidad supralegal, pues la confusión respecto de la acriminación penal lesiona el derecho de defensa y quebranta el Art. 26 de la C. N. — Para determinar el tiempo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta el máximo de la pena indicada en la norma que se reputa violada y no el lapso que en concreto pueda infligirse al procesado. No es procedente la causal de casación de violación indirecta de la ley sustantiva en los procesos en que interviene el jurado de conciencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 17 de noviembre de 1971, confirmó la proferida por el Juzgado Octavo Superior de este distrito de fecha 6 de septiembre del mismo año, por lo cual se condenó a José de la Cruz Mora Robayo a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como también a la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Héctor Moreno Pérez.

Contra el fallo de segundo grado interpuso el procesado oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad-quem y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 20 de marzo último.

Agotado como se encuentra el trámite propio de la impugnación, se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal

El día 4 de octubre de 1959, aproximadamente a las dos y media de la tarde, en la tienda de propiedad de Betulia Cuéllar de Vargas, situada en la calle 1ª del barrio Girardot de la ciudad de Bogotá, se encontraban varias personas ingiriendo bebidas alcohólicas y bailando, entre ellas José de la Cruz Mora Robayo, quien en determinado momento exhibió una pistola e hizo varios disparos, uno de los cuales hirió al señor Héctor Moreno Pérez, quien falleció poco después a consecuencia de la lesión.

Clausurada la investigación correspondiente, después de numerosas ampliaciones, el juez del conocimiento llamó a responder en juicio al sindicado Mora Robayo, con el cargo de homicidio simple, por medio de auto dictado el 19 de septiembre de 1969, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, al conocer de ella por apelación, en la suya de 9 de febrero de 1970.

El 4 de agosto de 1971 se celebró la audiencia pública y el jurado, oídas las intervenciones de las partes, declaró la responsabilidad del acusado con el veredicto "Sí es culpable, con el atenuante de haber obrado en estado de embriaguez".

Con fundamento en dicho veredicto, el juzgado de la instancia condenó al procesado José de la Cruz Mora Robayo a las penas anteriormente mencionadas, en sentencia de 6 de septiembre de 1971, la que fue confirmada, en grado de consulta, por el Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo que ahora es materia del recurso de casación.

La demanda

En libelo que se declaró ajustado en su forma a los requisitos de la ley, el apoderado especial del recurrente acusa la sentencia del ad-quem con invocación de las causales 4ª y 1ª de las señaladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene, en primer término, que el fallo se dictó en juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, y, en segundo lugar, que es violatorio de la ley penal sustancial.

Causal cuarta

En su órbita el censor postula tres cargos, así:

Primer cargo

Quebranto del artículo 26 de la Constitución Política, por cuanto a pesar de las numerosas ampliaciones ordenadas en el sumario, varias de ellas cuando el procesado estaba detenido, por los Jueces Décimo y Octavo Superiores de Bogotá, quienes actuaron en la primera instancia, no se practicó la diligencia de reconstrucción de los hechos, prueba importante que fue dispuesta de oficio por el juez del conocimiento y con la cual "se hubiera podido establecer un delito de homicidio culposo", en vez del homicidio doloso que se le imputó al acusado y por el cual fue declarado responsable.

Dice el actor, después de señalar los incidentes del sumario, que se violó el Art. 472 del C. de P. P., según el cual el sumario únicamente se puede ampliar por una sola vez cuando exista procesado detenido, y que en el presente caso muchas de aquéllas se dispusieron cuando ya el sindicado Mora Robayo estaba por cuenta del juez competente.

Sostiene también el impugnador que sin la reconstrucción de los hechos no ha debido cerrarse la investigación, y que "la prueba tomada en cuenta por el señor Juez del conocimiento para dictar auto de llamamiento a juicio contra el procesado José de la Cruz Mora Robayo fue deficiente". Textualmente expresa el señor apoderado:

"Sin las prácticas de las pruebas decretadas por el juez del conocimiento no se podía calificar el mérito del sumario en razón de que la prueba demostrativa de la responsabilidad Penal de Mora Robayo quedó deficientemente demostrada y se le vulneraron sus derechos al no practicarse la diligencia de reconstrucción de los hechos, ni la recepción de la declaración de Guillermo López, que son dos puntos de vital importancia para la mejor ubicación de la responsabilidad del procesado ante las normas sustantivas del C. Penal. Quién puede negar el hecho de que con la práctica de estas pruebas el procesado recurrente no hubiera podido acreditar que el hecho imputado encajaba dentro de los límites del homicidio culposo? De autos aparece que Mora Robayo disparó su revólver contra el baldosín del piso y que los disparos rebotaban. Acaso no está dentro de lo posible que uno de tales disparos hechos al baldosín hayan rebotado y herido al hoy occiso? Esta incógnita no pudo ser despejada dentro del informativo debido a la inercia, displicencia de los instructores y juzgadores. De lo anterior se colige que surge la duda en cuanto a la verdadera responsabilidad penal del sindicado, duda que por disposición expresa del artículo 204 del C. de P. P., ha debido resolverse a favor del procesado si no hubiera manera de eliminarla. El no reconocimiento de esta circunstancia favorable a los intereses del imputado constituye inobservancia de la plenitud de formas propias del juicio penal".

Cita el demandante la sentencia de esta Sala de la Corte de 18 de septiembre de 1958 (casación de Miguel Mendoza y Jacinto Torres), en la que se admite que la negativa sistemática con pretextos más o menos convencionales de las pruebas pedidas por el procesado o su defensor atenta contra la "plenitud de las formas" exigida por la Carta para el debido proceso, por desconocimiento de la garantía constitucional del derecho de defensa. Resume, finalmente, el ataque al fallo ameritado de la siguiente manera:

"Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se condenó a José de la Cruz Mora Robayo a la pena de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio voluntario porque la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constituido. La norma quebrantada por el H. Tribunal sentenciador es el artículo 26 de la Constitución Nacional. La violación consiste en que las pruebas decretadas por el señor juez del conocimiento no fueron practicadas por los señores jueces municipales, durante las 15 comisiones que les fueron ordenadas y porque tal ordenamiento se decretó habiendo procesado detenido cuando la ley no permite sino una comisión en este caso.

"Las diligencias más importantes que se dejaron de practicar y que redundaron en perjuicio del procesado fue la diligencia de reconstrucción de los hechos diligencia que si se hubiera practicado se hubiera podido establecer en ella un delito de homicidio culposo".

Segundo cargo

Nulidad supralegal, porque en el auto de proceder no se precisaron "claramente las pruebas en las que se hubiera fundado la imputación al procesado y las circunstancias que especificaran la imputación penal", como lo ordena el Art. 483 del C. de P. P.

Pretendiendo demostrar este motivo de ataque alega el apoderado demandante que el acervo probatorio del sumario no cumplía los presupuestos del Art. 481 del Estatuto Procedimental para dictar auto de proceder, pues las declaraciones de José Guillermo López y Luis Ernesto Romero, citadas en el vocatorio a juicio como indicadoras de la responsabilidad del nombrado Mora Robayo, apenas acreditaban un solo indicio, consistente en que el procesado esgrimió y disparó una arma de fuego.

El actor transcribe el siguiente pasaje de la providencia del Tribunal que confirmó el auto de proceder:

"Sobre la prueba requerida para llamar a juicio se acreditaron contra el procesado Mora Robayo varios y graves indicios que lo señalan como el autor de la muerte violenta de Héctor Moreno Pérez, en efecto, era una de las personas que se encontraban dentro de la cantina... de Betulia de Cuéllar. La única que esgrimió un revólver con el cual efectuó varios disparos y que por las características de que dieron cuenta los testigos que se lo vieron en las manos, de ser chiquito bien pudo ser el arma con la cual disparó el proyectil Calibre 22U que fue encontrado en el cuerpo del occiso".

Sobre lo que se deja reproducido afirma el demandante que el Tribunal de segunda instancia incurrió en errores de derecho en la estimación de las pruebas y violó concretamente lo dispuesto en los Arts. 229, 230 y 234 del C. de P. P., ya que tomó como indicios diversas circunstancias o momentos de un solo hecho indicador, pues que el haber tenido el procesado Mora Robayo un revólver en sus manos y el haberlo disparado al baldosín apenas constituye un indicio, que no hace plena prueba ni es por sí suficiente para sustentar un llamamiento a juicio. "Todos los hechos analizados por el H. Tribunal Superior en el auto de vocación a juicio —dice el impugnante— no constituyen sino un solo indicio y en el caso de autos tal indicio no es necesario, luego la prueba tomada en cuenta por el Tribunal es deficiente, incierta y peligrosa".

Manifiesta el actor que el ad-quem, al conocer del auto de proceder y en la providencia que lo confirmó, no separó ni concretó los indicios que consideró existentes en contra del procesado, desconociendo así las normas reguladoras de la prueba. Dice que aquella corporación pasó por alto el Art. 481 del C. de P. P., que señala las condiciones sustanciales para dictar auto de proceder, puesto que en el sumario no existía más de un indicio, no necesario, ni había declaración de testigo fidedigno, "pues ni Luis Ernesto Romero, ni Guillermo López merecen los serios motivos de credibilidad para fundar en sus dichos un auto de llamamiento a juicio".

El censor trae algunas citas doctrinarias sobre la prueba por indicios, como también apartes del fallo de esta Sala de 31 de julio de 1969, en el que se puntualizan las formalidades a que está sujeto el auto de proceder y se dijo, entre otras cosas, "que una incorrecta formulación de la acusación en el auto de proceder, v. gr., por ambigüedad en el cargo, o por designación anfibológica

de la infracción, puede constituir nulidad supralegal, pues la confusión respecto a la acriminación penal lesiona el primordial derecho de defensa y quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional". Y luego concluye de este modo el demandante:

"En el presente negocio hubo incorrecta formulación del cargo que por el delito de homicidio le fue formulado al procesado en razón de que se tuvo como prueba indiciaria un hecho no elevado a la categoría de indicio grave como lo fue el hecho de tener en su poder Mora Robayo un revólver chiquito", de color negro pero que no se demostró dentro del proceso que él hubiera sido el único causante del disparo mortal. También hubo incorrecta formulación del cargo por el delito de homicidio en la persona de Héctor Moreno Pérez pues se tuvo como prueba testimonial de tal hecho las dos declaraciones que fueron analizadas anteriormente en el rigor de verdad no pueden ofrecer serios motivos de credibilidad.

"Resumen

"En el auto de proceder que el poder jurisdiccional le formuló a José de la Cruz Mora Robayo, se le dio un valor que no tiene a las diversas circunstancias confusamente demostradas dentro del expediente como aquéllas tenían el valor de graves indicios para fundar sobre tales indicios el auto de llamamiento a juicio.

"Pero de conformidad con el severo análisis de las pruebas obrantes dentro del proceso que debe hacer el fallador, tales hechos no tienen la categoría sino de un solo indicio, débil y no necesario, pero nunca el de indicio grave.

"Incurrió en error el H. Tribunal sentenciador al decir que en contra del procesado militaban **Varios indicios graves,** y sin que tales indicios hayan tenido cabal demostración dentro del proceso.

"Violó el H. Tribunal sentenciador los numerales 2º y 3º del artículo 483 del C. de P. P., violación que también tuvo proyecciones sobre el artículo 215 del mismo Código, en razón de que se dictó sentencia en materia criminal sin **"obrar 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".

"La nulidad que señalo es la establecida por el artículo 26 de la Constitución Política por no haberse observado dentro del proceso "la plenitud de las formas del juzgamiento".

Tercer cargo

"La sentencia producida por el H. Tribunal Superior de Bogotá, en contra de José de la Cruz Mora Robayo, fue pronunciada sobre un juicio viciado de nulidad en razón de que cuando quedó en firme el llamamiento a juicio ya se había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal".

Desarrolla el apoderado este cargo diciendo que el delito de homicidio atribuido a José de la Cruz Mora Robayo ocurrió el 4 de octubre de 1959 y el auto de proceder quedó en firme el 14 de marzo de 1970, cuando ya habían transcurrido más de diez años y se había extinguido la acción, por prescripción, al tenor del Art. 105 del C. P., pues el máximo de pena imponible a Mora Robayo no podía exceder de ocho años de presidio, por no existir en su contra circunstancias de mayor peligrosidad ni reincidencias. En sus palabras dice el actor, para sustentar este motivo de acusación:

"Teniendo en cuenta que el tiempo transcurrido desde la consumación del delito hasta cuando quedó ejecutoriado el auto de proceder transcurrió un lapso superior a ocho años la acción penal debería haberse declarado prescrita.

"Cuando se dicta sentencia condenatoria sobre un proceso donde se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, la sentencia es nula.

"Resumen

"Impugno la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá, porque ella se dictó sobre un proceso viciado de nulidad por haberse operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal".

Causal primera

En el campo de esta causal presenta el demandante dos cargos contra la sentencia recurrida, a saber:

Primer cargo

Violación de la ley sustancial, específicamente del Art. 362 del C. P., aplicado indebidamente en la sentencia, porque se condenó a José de la Cruz Mora Robayo sin la demostración plena o completa de su responsabilidad.

Insiste el demandante en que contra el procesado únicamente se demostró un indicio, y que los testimonios de cargos de José Guillermo López y Luis Ernesto Romero no merecían credibilidad ni eran suficientes para responsabilizar al acusado por el homicidio a éste atribuido, pues "no pudieron afirmar en forma seria y responsiva que Mora Robayo haya sido el autor del disparo que suprimió la vida de Héctor Moreno Pérez", ya que no presenciaron "el momento concomitante del disparo mortal".

En ausencia de elementos probatorios idóneos para determinar la responsabilidad criminal del acusado Mora Robayo —apunta el actor— "se puede afirmar sin temor a equivocación que la prueba obrante en el proceso fue erróneamente interpretada por los falladores de instancia, error que tuvo proyecciones en la conciencia de los señores jueces de hecho, quienes profirieron un veredicto afirmativo de responsabilidad, sin tener en cuenta que la prueba fundamental del pliego de cargos no estaba legalmente producida. Ante este error evidentemente en la apreciación del acervo probatorio estimo que el H. Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 362 del estatuto penológico que sanciona el delito de homicidio voluntario con la pena de 8 a 14 años de presidio".

Segundo cargo

Violación directa de la ley sustancial, en razón de que en la sentencia recurrida no se reconoció en favor del procesado José de la Cruz Mora Robayo la rebaja de pena establecida en la Ley 40 de 1968 y a la cual tenía derecho, "ya que este beneficio amparaba a las personas que se hallaban vinculadas a los procesos penales iniciados con anterioridad al mes de diciembre de 1968".

El propio demandante resume así este cargo:

"Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se condenó a José de la Cruz Mora Robayo, a sufrir la pena de ocho años de presidio, en razón de que el H. Tribunal violó en forma directa la Ley 40 de 1968, al no reconocerle al procesado la rebaja de pena prevista en la ley mencionada, y a la cual tenía derecho por haberse iniciado su proceso antes del año 1968".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal, luego de puntualizar los hechos y el desarrollo del proceso, sintetiza los cargos de la demanda y tras de rebatirlos llega a la conclusión de que ninguno de ellos tiene fundamento, por lo cual pide que sea desechado el recurso de que se trata.

La Corte hará mención de las apreciaciones del colaborador en los considerandos de esta providencia.

Se considera

Primero. Reafirma la Sala su doctrina expuesta en la sentencia de 18 de diciembre de 1958, según la cual la negativa sistemática e inmotivada de las pruebas que oportunamente y en forma legal se soliciten para la eficacia de la defensa atenta contra un derecho fundamental y pugna con el precepto del Art. 26 de la Carta, que exige para el juzgamiento "la plenitud de las formas".

Mas esa doctrina no es aplicable al caso sub-judice, como que en este proceso no se negó ninguna prueba pedida por el inculpado o por su representante judicial, ni se denegó —dicho sea— ningún recurso, ni se recortó ninguna facultad de la defensa, que se ejerció a través de todo el proceso sin limitación alguna.

Ciertamente el juez del conocimiento ordenó oficiosamente en el sumario la reconstrucción de los hechos y quienes fueron comisionados para ello no la ejecutaron pretextando imposibilidad de obtener la comparecencia de testigos y del procesado, quien se fugó y estuvo ausente del proceso durante algún tiempo. Pero la omisión de esa diligencia, en la que no insistió la defensa, aunque no estuviera justificada, no tiene la

proyección pretendida por el apoderado del recurrente. La reconstrucción del hecho puede ser pertinente para comprobar si aquél ocurrió o pudo ocurrir de determinada manera, y debe decretarse por el instructor o por el juez de la causa, en los asuntos susceptibles de ella, cuando se disponga de elementos de prueba suficientes, como lo prescribe el Art. 337 del C. de P. P. Mas la no realización de tal diligencia no está erigida en causal de nulidad por la ley, ni es vicio sustancial de las formas rectoras del proceso como para darle categoría de nulidad constitucional, pues tanto el delito, en el conjunto de los elementos que le dan tipicidad, como la responsabilidad del procesado, se pueden establecer en forma plena por los medios ordinarios de prueba, según lo dispone el Art. 336 del mismo estatuto.

Refiriéndose al primer cargo aducido en la demanda anota con toda razón el Procurador:

"En cuanto al desconocimiento del derecho de defensa, se advierte que no se trata de pruebas solicitadas por el defensor o el procesado, de lo cual no puede deducirse o considerarse demostrado que la defensa haya sufrido limitación alguna; las pruebas fueron ordenadas por el funcionario del conocimiento y aunque se impartió comisión en forma repetida para su práctica, no se efectuaron; y concretamente en cuanto a la inspección ocular, debe anotarse, como se hizo en el proceso, que dificultó su práctica la fuga del procesado.

"De lo dicho se desprende que no se conculcó el derecho de defensa, ni se desconocieron las formas propias del juicio; y debe tenerse en cuenta además, que aunque se trató de practicar las pruebas ordenadas, ésto no fue posible, pues no se logró la citación de los declarantes respectivos, como aparece de los informes y constancias procesales.

"Relaciona el señor apoderado esta deficiencia del proceso con posible duda existente en favor del procesado y que permitiera deducir que el hecho fue culposo; sin embargo, no existe comprobación suficiente al respecto y por el contrario obran los elementos de juicio apreciados por el funcionario para formular contra el procesado los cargos contenidos en el auto de proceder.

"Referente a la anotación de que se impartieron comisiones con violación de la ley, se advierte que éstas se produjeron cuando el procesado no se encontraba detenido por cuenta del proceso, sino en razón de otra investigación y desde otro punto de vista, esta situación aunque resultara irregular, no conduce a la nulidad alegada, ya que no existe norma que la consagre".

En consecuencia, el primer cargo de la impugnación no prospera.

Segundo. Reafirma igualmente la Sala su jurisprudencia, contenida entre otros fallos en el de 31 de junio de 1969, recordado por el actor, según la cual la incorrecta formulación de la acusación en el auto de proceder, por ejemplo, por ambigüedad en el cargo o por denominación anfibológica de la infracción, puede originar nulidad supralegal, pues la confusión respecto de la acriminación penal lesiona el derecho de defensa y quebranta el Art. 26 de la Constitución.

Pero tampoco esa jurisprudencia viene al caso, como que al procesado José de la Cruz Mora Robayo se le imputó en el auto de vocación a juicio, con toda claridad y precisión, el cargo de homicidio en la persona de Héctor Moreno Pérez, individualizado en la parte considerativa como simplemente voluntario o común, y el auto de proceder se ciñó en su forma a los requisitos señalados en el Art. 483 (antes 431) del C. de P. P.

Como observa la Procuraduría, el demandante postula el segundo cargo de nulidad contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá alegando que fue incierta la proposición del cargo en el enjuiciamiento, pero en su desarrollo desvía el planteamiento y en vez de demostrar la acusación se empeña en sostener que la prueba no era suficiente para fundamentar el auto de proceder, ni mucho menos para condenar, teniendo en cuenta la disposición del Art. 215 del C. de P. P., cuestión que la Corte no puede estudiar ahora en casación, ya que en esta clase de juicios el veredicto del jurado, con base en el cual debe pronunciarse el fallo por mandato de la ley, cierra toda

posibilidad de controversia sobre el mérito de las pruebas.

Asiste razón al Colaborador Fiscal cuando, refiriéndose al segundo cargo presentado en el libelo de demandas, expresa que "no resulta clara la acusación examinada porque el demandante se apoya en que hubo incorrecta formulación del cargo en el auto de proceder, pero en vez de demostrar esta circunstancia mediante la alegación pertinente, la deriva hacia la existencia de los requisitos necesarios para dictar auto de enjuiciamiento y consecuentemente desconocer que las pruebas producidas tuvieron valor suficiente para sostener dicha providencia".

En tal forma —sigue diciendo el Agente del Ministerio Público— mediante la invocación de la causal cuarta de casación, el demandante presenta un cargo que tendría relación con error de apreciación de pruebas, para concluir que no se reunían los requisitos necesarios para dictar sentencia condenatoria (Art. 215 C. P. P.) y consecuentemente constituiría invocación de la causal primera de casación improcedente por este aspecto en juicios adelantados con intervención del jurado, como lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de esa H. Corte con base en que no puede desconocerse la autonomía del jurado y en que tal examen probatorio implicaría o conduciría a una declaración de contraevidencia no contemplada como causal de casación".

En consecuencia, tampoco el segundo cargo de nulidad del juicio puede prosperar.

Tercero. De acuerdo con el Art. 105 del C. P., la acción penal prescribe, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte, en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal.

Frente a esa norma es evidente que la acción represora del homicidio en su tipo básico descrito en el Art. 362, que fue el delito imputado en el juicio al acusado Mora Robayo, sólo se extingue, por razón de la prescripción, al término de catorce años, pues éste es el máximo de la pena establecida para la infracción. Y como ese lapso no había discurrido desde el momento de la comisión del hecho y hasta cuando se ejecutorió el auto de proceder, el tercer cargo dirigido contra la sentencia recurrida, atrás puntualizado, carece de fundamento.

Con acierto anota el Procurador que no es el lapso de la pena que en concreto pueda infligirse al procesado el que determina el tiempo de la prescripción de la acción, como lo supone el demandante, sino el máximo indicado en la norma que se repute violada, máximo que para el caso de autos es de catorce años, de acuerdo con lo previsto en los Arts. 105 y 362 del C. P., 'el cual no alcanzó a correr entre la fecha de los hechos y la ejecutoria del auto de proceder, por cuyo motivo el tercer cargo "debe también rechazarse'.

Cuarto. En los juicios en que interviene el jurado, ha dicho en numerosas ocasiones esta Sala de la Corte, no es procedente la causal de casación de violación indirecta de la ley sustantiva, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es decir, por error de derecho o de hecho en la estimación del caudal probatorio, con relación a las materias que deba resolver el jurado, porque en tales juicios la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto (Art. 519 del C. de P. P.), y, además, porque el jurado tiene libertad para apreciar las pruebas y un nuevo examen de las mismas sólo podría conducir, en último término, al reconocimiento de la injusticia notoria del veredicto o contraevidencia del mismo, cuya declaración es privativa de los juzgadores de las instancias y no es motivo de casación.

Quiere decir lo anterior que el primer cargo formulado en el marco de la causal primera de casación por el demandante contra el fallo impugnado, tiene que ser desechado, en lo cual está de acuerdo la Procuraduría Delegada.

Quinto. Finalmente, en lo concerniente al cargo de violación directa de la ley sustancial, por no haberse reconocido en favor del procesado la rebaja de pena consagrada en la Ley 40 de 1968, la Corte, para negarlo, reproduce el concepto del Colaborador, quien dice:

"La Ley 40 de 1968 estableció la rebaja de pena y exigió determinados requisitos; este aspecto no fue examinado por el fallador, es decir que no hizo pronunciamien-

to al respecto. Conviene anotar que no se formuló solicitud al respecto, ni aparecen acreditados los requisitos, pues como queda dicho, el procesado aparece vinculado a otros procesos.

"Como la rebaja no se ha negado, ya que no hay pronunciamientos y puede reconocerse con posterioridad, según la ley y su reglamento, no existe la violación alegada y el cargo al igual que los anteriores, debe rechazarse".

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el concepto del 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 José de la Cruz Mora Robayo contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 17 de noviembre de 1971, a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La falta de notificación por estado del auto de detención y del que deniega una solicitud de libertad, constituyen irregularidades que la ley no ha erigido en causales de nulidad. — El artículo 404 del C. P., es un tipo penal subordinado y en consecuencia debe aplicarse en relación al tipo básico que define el delito de robo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Los procesados León Gallego Flórez e Israel Martínez García interpusieron el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del nueve de junio de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la de primer grado, con la modificación de aumentar a ocho (8) años de presidio la pena que en ésta se les impusiera, como responsables del delito de robo agravado en bienes de Oliverio Nieto Gutiérrez, adicionándola además en el sentido de condenarlos también a las sanciones accesorias de pérdida de la patria potestad y publicación especial de la sentencia.

Agotado el trámite de rigor legal, se procede a decidir.

Antecedentes

a) En las primeras horas de la noche del cuatro de enero de mil novecientos sesenta y nueve, el ciudadano Oliverio Nieto Gutiérrez se dirigía en una camioneta de su propiedad hacia su finca, situada en la localidad de Cachipay. Cuando transitaba por la carretera que del sitio denominado "Gualanday" conduce a La Esperanza, fue sorpresivamente interceptado por varios sujetos, quienes bajándose del vehículo en que andaban, lo condujeron, maniatado, a otro lugar, arrojándolo en un potrero, no sin antes arrancarle bajo amenazas de muerte la indicación del sitio de la camioneta en que guardaba el dinero. Lo despojaron así del vehículo, que tenía un valor aproximado de cien mil pesos, apoderándose también de la suma de trescientos pesos que guardaba en la guantera de aquél y de un fino reloj de pulsera que portaba.

b) Adelantada la correspondiente investigación, mediante la providencia calificadora que obra de folios 271 a 277 del Cuaderno 1º fueron llamados a responder en juicio por tales hechos, entendidos como estructurantes del delito de robo (agravado), León Gallego Flórez e Israel Martínez García, resolución que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en la suya del 3 de febrero de 1970 (Fls. 318 a 323).

c) Surtida la causa y previa celebración de la audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa condenó a cada uno de los referidos procesados, mediante sentencia del 5 de noviembre de 1970, como responsables del delito de robo a que se contrajo el auto de proceder, a la pena principal de siete (7) años de presidio, fallo que el Tribunal Superior de esta ciudad confirmó, con las modificaciones ya señaladas, en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La acusación

Los respectivos apoderados de los recurrentes se hallan plenamente identificados

en los términos de la censura que formulan al fallo recurrido.

Bajo el rubro "Motivos que invalidan lo actuado" expresan que "al día siguiente de la captura de los incriminados León Gallego Flórez, e Israel Martínez García fueron indagatoriados y que a pesar de que ellos manifestaron su deseo de ser o poder ser asistidos por un abogado titulado e inscrito el funcionario instructor les denegó tal petición, privándolos desde ese instante de todo derecho de defensa..."

Luego, en aparte intitulado "Causales de Nulidad", expresan los recurrentes:

"Al folio 32 y ss. del cuaderno principal (causal 4ª del Art. 580), obra el auto de detención dictado contra los sindicados León Gallego Flórez e Israel Martínez García, providencia que carece de la correspondiente notificación por estado. Al folio 63 y ss. obra igualmente la providencia denegatoria de la libertad impetrada por el entonces apoderado Israel Martínez García, (sic) Dr. Prudencio Tolosa Suárez, el cual también carece de la respectiva notificación por estado".

A continuación, en capítulo que denominan "Error de la Norma Aplicada" dicen los impugnantes que en el auto de proceder se aplicó el Decreto 2184 de 1951, norma derogada, infringiéndose así el artículo 26 de la Constitución Nacional. Agregan que a sus poderdantes "no sólo se les condenó por el artículo 2º de la Ley 4ª de 1942 sino por el artículo 404 del Código de las penas, es decir, que en una providencia se revive una norma derogada y de otra parte se les reagravó sus situaciones jurídicas procesales a dichos presuntos sindicados". (sic).

Este aspecto de la censura concluye con la manifestación de que acusan la sentencia recurrida "por la causal cuarta, por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad constitucional por transgredir lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía con los artículos 1º, 104, 107, 465, 571 del C. de P. P., 297, 298, 299, 386, 388, 389, 390, 541, 580 del Decreto 250 de 1958, y ahora de las nuevas normas del C. de P. Penal nuevo, y esta nulidad se debe a que los procesados no fueron asistidos en las etapas probatorias y de indagatoria por un apoderado".

En párrafo separado expresan los actores que acusan "la sentencia proferida por el H. Tribunal de Bogotá —Sala Penal— y el Juez de Circuito de La Mesa, Cundinamarca, por la causal 2ª del Decreto artículo 580 (sic) del C. de P. P. por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y por estar en desacuerdo con los fundamentos propios de la audiencia que se llevó a cabo..." El anterior planteamiento se sustenta con la simple afirmación de que el delito que se configura en autos no es el de robo, sino el de asociación para delinquir.

Réplica del Ministerio Público

En juicioso estudio el Procurador Primero Delegado se refiere a los diferentes aspectos de la acusación al fallo impugnado, no sin observar que el libelo, cuya característica es la falta de precisión y claridad, se aproxima más a un alegato de instancia que a una verdadera demanda de casación. Refuta los cargos y concluye solicitando que se deseche el recurso y se devuelva el expediente al Tribunal de origen.

La Corte considera

1. Como con pleno respaldo en el informativo lo anota el Procurador, de la indagatoria de Israel Martínez García se desprende que cuando el instructor le hizo saber el derecho que tenía de designar un apoderado que lo asistiera en tal diligencia, el sindicado manifestó que nombraba al doctor Prudencio Tolosa Suárez, residente en Bogotá. Y se lee en el texto de la respectiva declaración de inquirir: "En este estado y como el abogado nombrado no se halla presente el señor Juez a falta de abogado titulado en el momento le designó de oficio al señor don Luis Antonio Beltrán persona honorable y quien hallándose presente aceptó el cargo..." (Fl. 7). A su turno, cuando el otro sindicado, León Gallego Flórez, rindió declaración sin juramento "manifestó que hasta el momento no nombra abogado pero espera que su señora lo consiga por lo que el señor Juez le designó de oficio al señor Aurelio Velandia..." (Fl. 16). No es, pues, exacta la

afirmación hecha por los recurrentes sobre tal pretendido motivo de nulidad.

2. La falta de notificación por estado del auto de detención y del que deniega una solicitud de libertad constituyen irregularidades que la ley no ha erigido en causales de nulidad. Por lo demás, a folios 34 v. y 69 puede observarse que los sindicados detenidos León Gallego Flórez e Israel Martínez García fueron notificados personalmente de aquellas providencias, como lo dispone el artículo 180 del C. de P. P.

3. Respecto de la censura que los recurrentes formulan confusamente bajo el rótulo de "Error en la Norma Aplicada", la Sala acoge, para desvirtuarla, lo que sobre el particular expresa el Procurador:

"Se refieren los memorialistas a que en el auto de enjuiciamiento se dio aplicación al Decreto 2184 de 1951, norma derogada que desembocó en la violación del artículo 26 de la Carta. Si antes de la afirmación hubieran constatado someramente el contenido de los artículos 23 y 24 de la Ley 16 de 1969, y la fecha de la sanción de la misma ley no habrían incurrido en la insólita afirmación pues que para la fecha del auto de cargos (mayo 30 de 1969) estaba vigente el Decreto 2184 de 1951, ya que sólo desapareció después de la sanción de la ley derogatoria de él, ocurrida muchos meses después. Error grave cometen los señores memorialistas al confundir lo preceptuado por el Art. 2º de la Ley 4ª de 1943 que subrogó al Art. 402 del C. Penal, con lo establecido por el artículo 404 ibídem. El primero de dichos artículos define el tipo del delito de robo y fija su sanción, la que es de mayor entidad cuando se realiza en una o varias de las circunstancias reseñadas por el segundo. Entonces, el principio universal equivocadamente citado, y la norma constitucional invocada, no sufrieron quebranto alguno".

De lo expuesto se desprende, con suma claridad, que la causal 4ª aducida carece de toda justificación.

4. En cuanto a la causal 2ª propuesta, se observa: Ella procede, conforme al artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado". Ninguna de las dos hipótesis que la norma transcrita contempla se presenta en el caso de autos. En efecto, dijo el Tribunal Superior de Bogotá al confirmar el vocatorio:

"No hay, pues, duda alguna en cuanto a la existencia del delito de robo agravado, según los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943 y 404 del C. P., en armonía con el artículo 272 del C. de P. P., puesto que los elementos constitutivos señalados en las disposiciones citadas en primer término son suficientemente aptos en el presente caso, por reunirse a cabalidad, para dar por establecido el ilícito, en los términos de que tratan los artículos 272 y 429 ibídem, y así, el enjuiciamiento revisado habrá de sostenerse, acogiendo el concepto del representante del Ministerio Público".

A su vez, la sentencia acusada, confirmando la de primer grado, condenó a los procesados recurrentes, por el delito de robo, perpetrado dentro de las circunstancias agravantes que hubieron de precisarse en la parte motiva del auto de proceder. Por ello, con sobrada razón, dice el Procurador sobre tan deleznable cargo: "De la simple confrontación del auto vocatorio a juicio dentro del cual se formuló a los procesados el cargo de ser autores del delito de robo realizado en las circunstancias agravantes de los numerales 1º y 4º del artículo 404 del C. Penal, con los fallos de 1ª y 2ª instancia, se colige, sin lugar a duda alguna, que el cargo que se estudia es insólito por chocar frontalmente con la verdad procesal".

Tampoco, por lo visto, prospera la causal segunda invocada.

Decisión

En mérito 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, NO CASA la sentencia de nueve (9) de junio de mil novecientos setenta y

uno (1971), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá impuso a cada uno de los procesados León Gallego Flórez e Israel Martínez García la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsables del delito de robo (agravado) en bienes de Oliverio Nieto Gutiérrez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

La Corte Suprema en su jurisprudencia más reiterada enseña que en los juicios con intervención del Jurado de conciencia, es inadmisible la violación indirecta de la ley penal sustancial, porque el Jurado es autónomo en la apreciación de la prueba y el desconocimiento del veredicto por la declaratoria de contraevidencia tan sólo compete a las instancias y no al más alto Tribunal de Justicia.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Agotados los trámites legales correspondientes debe la Corte resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado Gilberto Melo Angel contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1971 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la de primera instancia proferida el 23 de julio de ese mismo año por el Juzgado 17 Superior de esta ciudad, por medio de la cual Melo Angel fue condenado, a más de las penas accesorias de rigor, a la de 96 meses de presidio como autor responsable del delito de homicidio en Hernando Segura Escobar.

Hechos

En las dos sentencias aludidas aquéllos fueron presentados en la siguiente forma, que la demandante recoge también en su libelo:

"El día veinte (20) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), en las horas de la madrugada, como a las dos más o menos, en el barrio San Isidro o Encanto a la altura de la carrera 6ª con calle 35 Sur y, al frente de la casa distinguida con el número 35-30, Gilberto Melo Angel le asestó tres puñaladas a Hernando Segura Escobar, que le ocasionaron la muerte momentos posteriores en el Hospital de La Hortúa'.

Actuación procesal

Con fundamento en las diligencias previas adelantadas por la Comisaría de Policía Judicial del Sur, 2º turno, de Bogotá, el Juzgado 16 de Instrucción Criminal, el 22 de septiembre de 1970 dictó auto cabeza de proceso (Fl. 8). Se practicaron las pruebas de rigor, se oyó en indagatoria a Gilberto Melo Angel y a Antonio Gómez Martínez. El 2 de octubre de ese mismo año, se decretó la detención preventiva del primero y la libertad del segundo (Fls. 43 ss.). El 11 de febrero del año siguiente, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el 17 Superior, declaró cerrada la investigación (Fl. 105). El 2 de marzo Gilberto Melo Angel (a. "El Negro'), fue llamado a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, por el delito de homicidio en Hernando Segura Escobar, calificándolo como de simplemente voluntario (Fls. 114 ss.). Ejecutoriado el auto de proceder, se abrió el juicio a pruebas (Fl. 123 vto.), sin que se hubiera decretado ninguna en esta etapa. El procesado era menor de 21 años y con relación a él se cumplieron todas las formalidades de ley. Se sorteó jurado, se celebró la audiencia pública en el día y hora señalados y el Tribunal Popular, al cuestionario, que debidamente elaborado se sometió a su consideración, contestó por unanimidad: "Sí lo

mató es responsable". (Fl. 139). Posteriormente se produjeron las sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia, atrás referenciadas, habiéndose interpuesto el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala, contra la última de aquéllas.

La demanda

En ella la apoderada, luego de presentar los hechos con los mismos términos de la providencia recurrida y de hacer la reseña procesal, ataca la sentencia bajo el amparo de la causal primera de casación: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea...". Para tal efecto, argumenta tres cargos, así:

Primer cargo

Lo enuncia de la siguiente manera:

"La sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá que en el presente proceso se acusa ante la Honorable Corte, viola indirectamente el artículo 362 C. P., pues por errores de hecho evidentes en la apreciación de algunas pruebas y por falta de apreciación de otras, se tuvo por acreditada la antijuridicidad del homicidio con base en testimonios que no la prueban. Vale decir, que el artículo 362 C.P. se aplicó indebidamente, a una conducta en él no contemplada, como consecuencia de haber supuesto el Juzgador de segunda instancia un hecho no acaecido, cual es el de que las lesiones mortales fueron causadas a la vista de los testigos, para deducir de aquí la antijuridicidad del homicidio, cuya entidad es justamente lo que se discute".

En orden a demostrarlo y aceptando que "lo que se halla en discusión no es la autoría material del homicidio, sino su antijuridicidad, ya que la autoría está probada de sobra con la confesión de Melo", cita y transcribe apartes de numerosas declaraciones con el fin de demostrar que las heridas que causaron la muerte de Segura Escobar no le fueron propinadas en el sitio en donde afirma el Tribunal, sino en otro distinto, por lo cual no hubo testigos presenciales de los hechos y finaliza este cargo con el siguiente resumen:

"Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá por cuanto esa Corporación, al suponer acaecido el homicidio en un lugar diferente a aquél en el que realmente sucedió supuso un hecho inexistente y, con base en él, se formó tan equivocado concepto de la realidad procesal, que hizo obrar contra mi defendido declaraciones de testigos que estimó presenciales del hecho, cuando al decir de los propios declarantes, no lo fueron; es decir, que estimó probado un hecho no ocurrido (la percepción del homicidio por los testigos), para desconocer precisamente el hecho contrario, que es justamente la NO percepción del homicidio por los declarantes (hecho que sí se encuentra probado); con base en estos errores, se repite, el Tribunal estimó probada **con testimonios** la antijuridicidad del homicidio. Contribuyó a la confusión del Tribunal, la falta de apreciación del plano de la reconstrucción de los hechos y de sus informes anexos. Los errores y la omisión anotados, condujeron al Juzgador de segunda instancia a aplicar el artículo 362 C.P. a una conducta en él no contemplada, violándolo así en forma indirecta'.

Segundo cargo

Lo enuncia así:

"La sentencia recurrida viola indirectamente el artículo 362 C.P. por cuanto lo aplicó a una conducta por él no subsumida, con base en pruebas absolutamente inexistentes, incurriendo así en un error de hecho en la apreciación de la prueba".

Para fundamentarlo, luego de transcribir un aparte de la providencia impugnada en la cual el Tribunal, precisa algunas circunstancias que comprometen a Melo como responsable del homicidio que se le imputa, manifiesta que el sentenciador olvidó de nuevo "que el punto controvertido a lo largo del presente proceso no es la autoría material del homicidio, sino su justificación y que, en consecuencia, por sospechosa que estimara la conducta de mi defendido, no debió inferir de ella la existencia de la prueba indiciaria en su contra, sino en cuanto la actuación de Melo Angel indicara, y de manera lógica la antijuridicidad que del homicidio en cuestión se predicó".

A continuación se extiende en consideraciones acerca de la prueba indiciaria y finaliza resumiendo este cargo, así: Impugno la sentencia "por cuanto viola indirectamente el artículo 362 del C.P. al aplicarle a una conducta en él no descrita a través de la consideración de un medio de prueba inexistente, como son los pretendidos indicios que el Tribunal analizó, incurriendo por ello en un error de hecho en la apreciación de la prueba".

Tercer cargo

Lo enuncia así:

La sentencia "es violatoria del artículo 25 numeral 2º C.P. por falta de aplicación y en forma indirecta, por cuanto obran en el acervo probatorio suficientes indicios para estimar probada la legítima defensa que alegó el sindicado, a pesar de lo cual el Tribunal no los apreció en absoluto, lo que lo llevó a concluir, por esta falta de apreciación de la prueba, que el homicidio cometido por Gilberto Melo Angel fue antijurídico, por error de hecho en la apreciación de la prueba".

Para fundamentarlo y con invocación de algunas pruebas, presenta los que en su concepto constituyen una serie de indicios de los cuales infiere el que su defendido actuó en legítima defensa de su vida y termina resumiendo este cargo, así: Impugno la sentencia "por cuanto a través de una falta de apreciación de la prueba indiciaria, que es un error de hecho en la apreciación de la prueba, desconoció la existencia de la legítima defensa y no aplicó al caso el artículo 25 numeral 2º C.P., violándolo en forma indirecta, ya que tal violación se produjo como consecuencia del error de hecho cometido al apreciar la prueba, y no abstracción hecha del mismo".

En parágrafo aparte expone que si la Corte "no estima plenamente probada la legítima defensa de Gilberto Melo, en atención a que la duda existe aunque el Tribunal no la tuviera, justamente por no haber apreciado los indicios señalados en el cargo tercero", dé aplicación indirecta al artículo 25, ordinal 2º del Código Penal, "a través del in dubio pro reo, consagrado en el artículo 216 C.P.P.".

Para finalizar presenta como petición principal la de que se case la sentencia para reemplazarla por una absolutoria, declarando a favor del procesado "la existencia de la causal de justificación contemplada en el artículo 25 numeral 2º C.P." y, como subsidiaria, la de "dar aplicación al artículo 25 numeral 2º C.P. indirectamente, aplicando el beneficio de la duda consagrada en el artículo 216 C.P.P.".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de reseñar los hechos y de resumir la actuación procesal y la demanda, solicita que se deseche el recurso, para lo cual razona:

"La H. Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia más reiterada enseña que en los juicios con intervención del jurado de conciencia es inadmisible la violación indirecta de la ley penal sustantiva, porque el jurado en Colombia es autónomo en la apreciación de la prueba y el desconocimiento del veredicto por la declaratoria de contraevidencia tan sólo compete a las instancias y no a nuestro más alto tribunal de justicia.

"De otra parte, de aceptar las pretensiones de la demandante, la Honorable Sala tendría que dictar sentencia en franco desacuerdo con el veredicto lo cual no le está permitido por la ley".

Consideraciones de la Sala

Antes de entrar en ellas es conveniente apuntar que la defensora planteó ante el jurado la legítima defensa en favor de su patrocinado (Fl. 138), la cual no fue aceptada pues, como se recordará por la relación procesal que dentro de esta providencia se ha hecho, el cuestionario que fue sometido a la consideración del Tribunal popular para que decidiera sobre la responsabilidad penal de Melo Angel, aquél contestó por unanimidad: 'Sí lo mató, es responsable'. De manera que la tesis central que ahora se esgrime con el propósito de impugnar la sentencia, había sido expuesta ante el jurado, valorada por éste y también por éste rotundamente rechazada. La misma tesis sostuvo ante el juez del conocimiento, cuando le solicitó por medio de escrito declara-

ra la contraevidencia del veredicto (Fls. 140 ss.) y, persistió en ella ante el Tribunal cuando le pidió "que se revoque la sentencia condenatoria de primera instancia, y en su lugar se profiera un fallo absolutorio (sic) a favor de mi defendido". (Cuaderno del Tribunal, Fls. 9 ss.).

La Corte habrá de proceder según la petición de su colaborador, puesto que, como en oportunidades anteriores lo ha sostenido, "En los juicios en que interviene el jurado, sus integrantes deciden "en privado", en conciencia y por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado y está absolutamente prohibido interrogarlos acerca de la razón que tuvieron para hacerlo en una u otra forma ya que les está vedado "tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les corresponde o hubiera correspondido intervenir como jueces". (C.P.P., artículos 536, 560 y sgt.). Y la sentencia en esos mismos procesos "se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate" (Id. Art. 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contraevidencia que sólo puede ser declarada por el juez competente en primera instancia, en el caso del artículo 565 del estatuto procesal penal o, por el Tribunal de segunda, en el caso de la norma 567 del mismo Código. Pero la declaratoria de contraevidencia escapa a la competencia de la Corte.

"De ahí que ésta, en varias ocasiones haya expuesto:

". . .no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otras), 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 precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria 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 y no puede, por tanto, plantearse al 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 580 del C. de P.P.)" (a más de las citadas, casaciones de 8 de mayo de 1970, 24 de febrero y 19 de agosto de 1972).

De lo expuesto se concluye que los cargos formulados contra la sentencia recurrida en casación, al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal no pueden prosperar y, en consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el 582 del mismo estatuto, el recurso habrá de desecharse y se ordenará la devolución de estas diligencias al Tribunal de origen.

Decisión

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 2 de diciembre de 1971, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

La consonancia entre el auto de proceder y el fallo definitivo, hacen relación de acuerdo al artículo 171 del C.P.P., a que se condene o absuelva "por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio" y no por otra u otras distintas. Lo anterior tiene fundamento lógico en el hecho de que el legislador exige una graduación especial de prueba, en relación a la providencia que se profiera, ya sea auto detentivo, enjuiciatorio o sentencia definitiva. Presupuestos que deben tenerse en cuenta cuando se impugna la sentencia en base a la violación indirecta de la ley sustancial.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Por sentencia de 17 de junio de 1971 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó la condenatoria de primera instancia proferida el 16 de febrero del mismo año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad y absolvió a Indalecio Barragán Rengifo "de todos los cargos que se le imputaron en este proceso". También decretó otras medidas de rigor.

Contra aquella providencia interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte civil, el cual le fue legalmente concedido. Y como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, ha de resolverse ahora lo que se estimare legal.

Hechos

Alcides H. Cardozo Gravier, en su denuncia penal formulada contra Indalecio Barragán Rengifo, los presentó así:

"1º. El señor Indalecio Barragán Rengifo recibió de mí la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) con base en una promesa de venta de una casa situada en la misma dirección en que vive el denunciado. Esto fue el 18 de noviembre de 1968.

"2º. Tramitando la negociación apareció en la Oficina de Registro que dicha finca estaba hipotecada y embargada, a lo cual el señor Barragán alegó que no tenía dinero para sacarla porque se había gastado los treinta mil y que debía yo desembargarla.

"3º. Después le dí diez mil pesos más para ayudarle a sacar la casa de la hipoteca, según recibo que tengo en mi poder, entregándole yo $ 8.500 al Banco Comercial de Barranquilla, en Liquidación, que era el que tenía la casa embargada y el resto para un tinterillo de apellido Manotas y de esos, $ 200.00 fueron para el mismo Barragán ya que el tinterillo cobró $ 1.300.00.

"4º. También pagué el catastro en cuantía de $ 2.489.00 ya que yo iba a ser dueño de la casa y por eso pagué el catastro. Pago hecho con cheque de la cuenta de mi señora Rosa de Cardozo que es la que ha girado todos los cheques a favor del señor Barragán de su cuenta corriente de ella pero dinero de ambos. La promesa de venta está a nombre mío.

"5º. He sabido que después de hecho todo esto, él quería $ 20.000.00 sobre el precio alegando que el término de la promesa estaba vencido, por lo cual no se podía hacer el negocio, quedando este negocio desierto y no hubo más entendimiento.

"6º. Después de tener la casa libre por el dinero que yo aporté, he sabido que el se-

ñor hipotecó la casa, habiéndome pedido en devolución los documentos de propiedad de la misma casa, **sin que el señor Barragán me haya devuelto un solo centavo.** Me dijo que le devolviera los papeles para negidar (sic) la casa y pagarme y ha sido un nuevo engaño. Me da vueltas y carameleo y veo perdido mi dinero y el de mi señora" (Fl. 1).

Actuación procesal

El 28 de junio de 1969 el Juzgado 8º Penal Municipal de Barranquilla inició la correspondiente investigación, dentro de la cual se practicaron pruebas, se oyó en indagatoria al sindicado (Fls. 17 ss.), se presentó y aceptó la parte civil constituida por medio de apoderado por el ofendido Alcides Cardozo Gravier y, previo el cierre de aquélla (Fl. 31), por auto de 26 de agosto siguiente se sobreseyó definitivamente en favor de Barragán Rengifo por el cargo de estafa que le había sido formulado (Fls. 35 ss.). Apelada que fue esta providencia por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de acuerdo con la petición que le formulara en su concepto el Fiscal 1º de la Corporación, por medio de la suya de 19 de julio de 1970 revocó el sobreseimiento definitivo recurrido y, en su lugar, llamó "a responder en juicio al señor Indalecio Barragán Rengifo, por el delito de estafa contemplado en el artículo IV del Título XVI del Libro Segundo del Código Penal, y de que resultara víctima Alcides H. Cardozo Gravier". Dentro de esta misma providencia se ordenó la captura del procesado, la cual se llevó a efecto (Cuaderno Nº 2, Fls. 18 ss.).

Por auto de 22 de julio de ese mismo año y en atención a petición formulada por el defensor del procesado, se concedió a éste el beneficio de libertad provisional (Cuaderno Nº 1, Fls. 44 ss.). Se abrió el juicio a pruebas (Fls. 49 y 51) y durante esta etapa fueron avaluados los perjuicios (Fl. 52). Tal como había sido previamente ordenado (Fl. 80), el 19 de enero de 1971 se realizó la respectiva audiencia pública (Fls. 82 ss.). Con fecha 16 de febrero siguiente se profirió sentencia condenatoria de primera instancia (Fls. 105 ss.), la cual fue recurrida en apelación por el defensor del procesado (Fls. 111 ss.) y, el Tribunal, como ya se indicó, desató el recurso revocándolo y absolviendo a Indalecio Barragán Rengifo de los cargos que se le habían formulado. Contra esta decisión de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación que viene ocupando a esta Sala.

La demanda

Dos cargos que se estudiarán separadamente y en el mismo orden en que vienen presentados, formula el recurrente contra la sentencia que impugna.

Primer cargo

1. Lo formula al amparo de la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Lo enuncia así: "La sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Barranquilla por medio de la cual se decretó la absolución de los cargos formulados por el mismo Tribunal sentenciador en contra del procesado Indalecio Barragán Rengifo 'no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder dictado por el mismo Tribunal en contra del procesado".

Para demostrarlo cita apartes del auto de llamamiento a juicio dictado por el Tribunal cuando revocó el de sobreseimiento definitivo que fuera recurrido, providencia en la cual el Tribunal entre otras manifestaciones consigna la de que "los elementos constitutivos del delito de estafa se hallan plenamente probados en el proceso, así como la conducta dolosa que se deriva de las maquinaciones del señor Barragán, por lo cual debe responder ante la justicia".

A continuación, agrega el demandante:

"El primer aparte de la causal 2ª de casación se encuentra debidamente establecido en este proceso, en razón del desacuerdo existente entre el auto de proceder y la sentencia recurrida, pues en el auto de proceder de conformidad con la transcripción an-

terior se observa que el H. Tribunal sentenciador encontró al revisar el proveído procesatorio todos los elementos constitutivos del delito de estafa mediante el contrato de promesa de compraventa celebrado entre mi representado y el procesado, contrato que "aunque tiene su carácter civil, sirve, como en este caso sirvió, para que se estafara con la suma de cuarenta mil pesos moneda legal...".

Además, arguye, que el Tribunal modificó su propio criterio sin que hubiera cambiado el acervo probatorio durante el término legal; que en éste se acreditó que contra Barragán se había iniciado sumario por homicidio en grado de imperfecto; que a pesar de lo anterior, el Tribunal, en la sentencia absolutoria afirma que en las actividades de Barragán no hubo intención dolosa, ni maquinaciones fraudulentas para hacer caer en error al denunciante. De todo lo cual concluye: "Existe completo desacuerdo, falta de "consonancia", entre el auto de proceder y la sentencia, cuando sin haberse modificado el pliego de cargos que es la base fundamental de la sentencia (sic) que "no hubo maquinaciones fraudulentas de parte del procesado" y que los elementos tipificadores del delito de estafa no estaban acreditados dentro del proceso'.

2. Concepto del Ministerio Público

En lo fundamental replica: "No se puede deducir en forma alguna la situación o supuesto en que se apoya la causal invocada, porque no existe la discordancia entre enjuiciamiento y sentencia, ya que el acusado fue sentenciado por la misma infracción por la cual se llamó a juicio, sin que en forma alguna variara el cargo, por lo cual existe concordancia entre las dos providencias y la sentencia no es por lo tanto, susceptible de impugnación por este aspecto".

3. Consideraciones de la Sala

Para formular este cargo el censor parte de una apreciación equivocada o errónea acerca de la interpretación y alcance de la causal que invoca; así como tampoco tuvo en cuenta la consideración de otras normas que señalan el género de armonía que debe regir entre el auto de llamamiento a juicio y la sentencia que posteriormente se produzca y aquéllas que señalan el mínimo de prueba y su valoración para dictar diferentes clases de providencias. En efecto:

Como primera observación debe anotarse que de ser fundado el ataque que en este punto se formula contra la sentencia de segundo grado, ello significaría que en todo proceso en que se dictara auto de proceder, sobraría toda la tramitación posterior, ya que él, para no violar la "consonancia" entre éste y la sentencia, en el sentido en que la entiende el demandante, tendría que desembocar necesariamente en fallo condenatorio, lo cual lleva al absurdo. Por ello es que tal "consonancia" debe entenderse no en el sentido en que lo hace el impugnador, de que a auto enjuiciatorio sigue necesariamente sentencia condenatoria, sino en el de que la sentencia, sea condenatoria, sea absolutoria, debe referirse a la misma especie de delito por el cual se llamó a juicio y no a otro distinto. De tal manera que si, como en el caso presente, se enjuició por estafa, no es lícito condenar o absolver, por ejemplo, por hurto, robo, extorsión, chantaje o abuso de confianza, auncuando éstos pertenezcan al mismo género de "Delitos contra la propiedad", porque en el auto de llamamiento a juicio se le precisó el cargo del cual debe defenderse, al hacer "La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", y, en la parte resolutiva del mismo se prohibe por la ley "determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca" (C. P. P. anterior, Art. 431, Ords. 3º y 4º; actual; 483 Ords. 3º y 4º). El desconocimiento de las normas rectoras del enjuiciamiento puede generar una nulidad de rango constitucional (Art. 26), por verificarse el juzgamiento sin la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio; y, de otra, el proferir una sentencia que rebasara los límites impuestos por el auto de proceder, sí conllevaría la existencia de la causal segunda de casación, equivocadamente invocada en este caso.

Sabido es que toda sentencia de las que deben dictarse en cumplimiento de las normas consignadas en el Código de Procedi-

miento Penal, salvo lo dispuesto para algunos juicios especiales, implica de manera necesaria el previo pronunciamiento de un auto de llamamiento a juicio el cual, entre otros requisitos, exige el de "La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", según se dejó reseñado.

El artículo 159 del antiguo Código de Procedimiento Penal (171), del actual, en algunos de sus apartes disponía: "Las sentencias se redactarán conforme a las siguientes reglas:

. . . . . .

"5ª) Se consignarán en párrafos numerados, que principiarán con la palabra considerando:

. . . . . .

"b) Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga a cada uno de los procesados;

"c) Los fundamentos jurídicos en que se apoye el fallo para calificar, respecto de cada procesado, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, las que eximan de responsabilidad, y las que agraven a atenúen la sanción;

. . . . . .

"g) Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso.

. . . . . .

"6ª) Terminará la sentencia con la parte resolutiva en la que, según el caso, se condene por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas;

. . . . . ."

Esta normación está indicando de manera clara y precisa cómo no todo auto de proceder debe llevar necesariamente a la sentencia condenatoria, ya que puede el proceso culminar con una absolutoria. Y, la "consonancia" de que antes se habló, entre el auto de proceder y el fallo definitivo, hace relación, usando los términos del artículo que en parte se viene de transcribir, es a que se condene o absuelva "por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio", como ya se expuso y no por otra u otras distintas. Porque si se condenara o absolviera por una infracción distinta de la que motivó el llamamiento a juicio, entonces sí se caería en la falta de "consonancia" entre estas dos providencias, que es la consagrada como causal segunda de casación.

Y es lógica la normación si, por otra parte, se tiene en cuenta que una es la prueba exigida para dictar auto de detención preventiva, otra para llamar a juicio y, finalmente, otra para dictar sentencia condenatoria. Para fulminar el primero, según las disposiciones vigentes cuando se adelantó esta instrucción sumaria, las cuales no fueron sustancialmente reformadas por el nuevo Código de Procedimiento Penal (Art. 439), bastaba que se estuviera investigando una infracción penal que tuviera señalada medida privativa de la libertad y que contra el procesado resultara "por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe" de ella, o que "el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación" en aquélla (Decreto 1358 de 1964, Art. 49).

Hoy en día los presupuestos para detener, desde el punto de vista de la responsabilidad penal del acusado, se han reducido o limitado a "por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este Código" o a "un indicio grave" de aquella responsabilidad, ya sea como autor ya como partícipe de la infracción investigada (C. P. P., Art. 439).

En tanto que para dictar auto de proceder se hacía y se hace necesaria una prueba más robusta y más sólida que la anterior, pues se requiere, por una parte, plena comprobación del cuerpo del delito y, en lo atinente a responsabilidad penal, que el sindicado sea señalado como autor o partícipe de aquél, por lo menos por "una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio" o pluralidad de indicios graves (C. P. P., antiguo, Art. 429, actual, 481).

Por último, cuando de sentencia condenatoria se trata, la exigencia probatoria tanto en cuanto hace relación al cuerpo del

delito como a la responsabilidad penal del procesado, sube de punto y viene a reclamar la certeza hasta el grado en que es posible ser alcanzada por el hombre: "No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella" (C. P. P., anterior, Art. 203, actual Art. 215).

De lo anterior se infiere que la prueba que puede prestar mérito legal para detener, puede no tenerlo para llamar a juicio o condenar; que la que sirvió para enjuiciar, puede no ser suficiente para condenar.

Así, pues, desde los varios puntos de vista en que se ha examinado este primer cargo formulado con invocación de la causal segunda de casación, se llega a la conclusión de que no puede prosperar, porque la sentencia impugnada, por razón del examen que sobre ella ha sido propuesto, está en consonancia, según atrás se explicó, con el auto de proceder.

En consecuencia, no prospera este cargo.

Segundo cargo

1. Invoca la causal primera del artículo 580 del estatuto procesal penal: "1º) Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Lo enuncia así: "El H. Tribunal sentenciador violó en forma indirecta la ley sustancial al apreciar erróneamente los elementos de juicio obrantes dentro del proceso, apreciación errónea que llevó al H. Tribunal sentenciador a absolver al procesado Indalecio Barragán Rengifo del cargo formulado en el auto de proceder que lo responsabilizó el delito de estafa".

Con la intención de demostrarlo manifiesta que el fallador de segunda instancia "apreció erróneamente las siguientes pruebas":

a) La promesa de contrato de compraventa, porque no tuvo en cuenta que en ella no se señaló "la Notaría en la cual debería correrse la escritura que recogiera las estipulaciones contenidas en la promesa de contrato, ni que tampoco aparece la constancia suscrita por el Notario mediante la cual se comprueba que el procesado sí estuvo listo a cumplir con la promesa suscrita al vencimiento del plazo de 60 días";

Hubo errónea valoración de esta prueba porque para que ese contrato "hubiera cesado en sus efectos jurídicos se hacía indispensable que existiera la constancia notarial sobre el incumplimiento por parte de alguna de las partes contratantes, o que hubiera iniciado proceso civil por el incumplimiento de una obligación de hacer o de entregar una cosa cierta como era el inmueble".

Sin llenarse tales exigencias, el Tribunal "dio por establecido el hecho del incumplimiento de la promesa de venta por parte del señor Cardozo Gravier". Lo cual le llevó a apreciar erróneamente "la prueba del incumplimiento del contrato de promesa de compraventa del inmueble". Tampoco tuvo en cuenta que el dinero recibido por Barragán no le fue devuelto a Gravier y "que con esa apropiación dolosa se había causado un perjuicio económico a mi mandante".

b) No tuvo en cuenta el Tribunal que en la audiencia pública el procesado afirmó que "nunca había estado preso", lo mismo que dijo en la indagatoria, lo cual está infirmado por la constancia "expedida por el Juez Tercero Superior de Barranquilla mediante la cual aparece como sindicado del delito de homicidio frustrado cometido en la persona del señor Rubén Darío Cepeda y que se le dictó auto de detención";

Lo anterior conlleva errónea valoración de esa prueba pues tal omisión "implica indirecta aplicación de la ley sustantiva por omisión en su aplicación o sea el haber exonerado al procesado de los cargos formulados (sic) en el auto de proceder. Con la prueba de los antecedentes penales el Tribunal no dio cumplimiento a la aplicación de la ley sustantiva afirmando la responsabilidad del procesado dentro de la previsión contenida en el artículo 408 del C. Penal que contempla el delito de estafa".

c) No tuvo en cuenta el Tribunal que en la audiencia el procesado "afirmó la vigencia de la promesa de compraventa suscrita el día 18 de noviembre de 1968 con un plazo de 60 días para su cumplimiento".

Aquí se produjo la violación de la ley sustancial cuando el Tribunal no tuvo en cuen-

ta que con esa afirmación "se producía o (sic) hacía surgir a la vida del derecho una novación del contrato ameritado".

Luego formula algunas otras consideraciones de índole probatoria que no es necesario transcribir, en atención a las que en su oportunidad y como respuesta, formulará la Sala.

Por razón de este cargo el censor solicita de la Corte "invalidar el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo".

2. Concepto del Ministerio Público

En él se concluye que este cargo tampoco puede prosperar porque "no se demostró el error —en lo cual no es precisa la demanda ya que no expresa si se trata de error de hecho o de derecho— en que incurriera el Tribunal en la apreciación de las pruebas". En su debida oportunidad se harán las citas pertinentes de este concepto.

3. Consideraciones de la Sala

Ante todo ha de apuntarse que el cargo que se formula bajo este capítulo contiene algunas manifestaciones que merecen destacarse: La primera implica una afirmación que no se compadece con los términos de la ley civil positiva por él invocada: artículo 1687, sobre novación y que afirma no tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador, por lo cual violó la ley sustancial, sin precisar cuál. Porque afirma que en virtud de haber afirmado el demandante en la audiencia pública que con el señor Cardozo "tengo celebrado un contrato de promesa de venta sobre una casa de mi propiedad", se produjo una novación de aquel contrato. Cuando lo cierto es que "Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua" (C. C., Art. 1693, inciso 1º) y, en ninguna parte del expediente aparece que aquí haya habido una convención o acuerdo de voluntades de las partes sobre ese particular. En tales circunstancias, mal podía el Tribunal de segunda instancia tener como nacida a la vida jurídica la novación que pretende el demandante.

Y, en cuanto hace relación a los llamados por el demandante antecedentes penales, como lo anota el Procurador Delegado en lo Penal, "La circunstancia de existir antecedentes penales contra el procesado, negados por éste en su indagatoria y en la audiencia, tampoco demuestra error por parte del fallador, pues constituiría un indicio de capacidad para delinquir, pero sin relación directa con el hecho investigado, ni es suficiente por tanto para demostrar la infracción, si no resultare prueba distinta".

De otra parte, **la infracción indirecta de la ley sustancial "no puede demostrarse —como lo ha dicho la Corte— mediante un razonamiento directo, autónomo, sino al través de un análisis probatorio y entonces es preciso que se alegue por el recurrente sobre este punto, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos"; que se citen las disposiciones sustanciales violadas; que se puntualice claramente el concepto de la violación y la clase de error en que el Tribunal haya incurrido: si de derecho, demostrando "que el fallo impugnado estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción"; si de orden fáctico, "que tuvo como existente un hecho que no ha acaecido, o negado el que sí ocurrió, siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro". Error éste que para ser manifiesto ha de implicar "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".**

"Cuando el error de derecho proviene de una equivocada apreciación de la prueba —porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que ésta le otorga—, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar".

La demanda no precisa si se está frente a un error de derecho o de hecho y no presenta una argumentación o demostración concreta a este respecto; tampoco puntualiza cuál o cuáles fueron las disposiciones

de índole probatoria que en su concepto se infringieron, como violación medio, para demostrar, así, como consecuencia, la lesión de la ley sustancial, como violación fin. En tales circunstancias, por no ajustarse la demanda a la técnica de la casación y por carecer la Corte de facultad para entrar a enmendarla, habrá de concluirse que este segundo cargo tampoco puede prosperar, por lo cual se dará aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de junio de 1971, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACION. SU TECNICA. CAUSAL 1ª.

Cada causal de casación tiene sus características propias y sus específicas proyecciones, por lo que es lógico que la técnica del recurso exija que a las causales distintas correspondan razones y argumentos impugnatorios diferentes. — La actividad jurisdiccional de la Corte en sede de casación, está circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante. — Condiciones que se exigen cuando la acusación se propone al amparo de la causal primera.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Está acusada en casación la sentencia de treinta y uno de agosto del año pasado, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmando la de primer grado, condenó a **Alfonso Velasco Zúñiga** o **Edgar Guillermo Bonilla Girón** y a **Luis Antonio** o **Luis Arturo Britto Londoño**, a la pena principal de cinco (5) años de presidio, más las accesorias de rigor legal, como coautores responsables del delito de robo (agravado), cometido en perjuicio de la firma "I. B. M. de Colombia".

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) Ante la Inspección Primera del Permanente Central de Cali se presentó el 4 de enero de mil novecientos setenta y uno el señor Hans Gordon e informó, bajo la gravedad del juramento, que en la noche del día 1º del referido mes, personas desconocidas habían violentado las cerraduras del local en donde funcionan las oficinas de I. B. M. de Colombia, situadas en el "Edificio Valher", calle 11 número 5-61 de aquella ciudad, de las cuales sustrajeron trece máquinas eléctricas de escribir, un equipo para dictado y una máquina sumadora, cuyo valor total era la suma de ciento setenta y un mil quinientos pesos ($ 171.500.00) m/l., máquinas que luego fueron halladas sobre el planchón que sirve de techo a una pieza de la Casa Cural, contiguo al mencionado edificio.

b) Iniciada la investigación por el Juzgado 23 Penal Municipal, en virtud de la cuantía resultante del avalúo de los objetos sustraídos hubo de pasar el sumario a los Jueces de Circuito, habiendo correspondido al 3º de tal categoría, funcionario que prosiguió la etapa instructiva, calificándola mediante providencia calendada el 2 de abril de 1971, en que resolvió "Abrir causa criminal, por los trámites ordinarios, y llamar a responder en juicio a los señores Luis Arturo o Luis Antonio Britto Londoño y Alfonso Velasco Zúñiga o Edgar Guillermo Bonilla Girón, como coautores del delito de robo, al cual se refiere el Libro II, Título XVI, Capítulo II del Código Penal" (Fls. 112 a 117 v.).

c) Tramitada la causa, se produjeron las sentencias de primero y segundo grados, en los términos recogidos en la parte inicial y motiva del presente fallo.

El recurso extraordinario

Sólo fue sustentado por el apoderado especial de Alfonso Velasco Zúñiga, razón por

la cual hubo de declararse desierto el recurso de casación respecto del reo Luis Antonio o Luis Arturo Britto Londoño (Fl. 12, cuaderno de la Corte).

Después de extensa relación de los hechos, en la cual se interpolan algunos aspectos probatorios, expresa el demandante:

"Considero, señor Magistrado, salvo mejor criterio de su señoría, que al enjuiciar el presente caso las autoridades judiciales de Cali, el señor Juez Tercero Penal del Circuito y la Sala Penal del H. Tribunal Superior, incurrieron en la causal primera de casación que postula el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque violaron la ley sustantiva, del Código Penal, al dar por consumado un delito que no alcanzó su culmen y apreciaron erróneamente una prueba, más que incompleta, para erigirla como plena, para condenar, causales que están estatuidas como tales en el numeral primero del artículo 580 del C. de P. Penal".

Párrafos adelante dice textualmente el actor:

"Yo digo ante la Sala, que el recurso es perfectamente procedente porque se ha violado sustantivamente la ley, y se ha apreciado erróneamente la prueba, que son las causales señaladas en el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

"Y la violación de la ley, ha ocurrido sustantivamente por cuanto el H. Tribunal de Cali, ha partido de la base de robo, en el caso que nos ocupa, cuando los presuntos muebles, que se creen materia del robo fueron apenas transportados, a lugar inmediato de aquél en que estaban en su lugar".

Emprende luego el demandante una crítica, con criterio subjetivo, a los elementos de juicio en que se apoya el fallo acusado, crítica de la cual extrae la conclusión de que "no se puede sostener que en este caso puede darse, como sostienen los falladores de Cali, el delito de robo". Y agrega: "Esto en cuanto al hecho sustantivo, en cuanto al adjetivo o comprobatorio, queda también dicho que está en forma alguna establecido por cuanto la prueba tiene realmente carácter de indiciaria precaria" (Sic).

Plantea luego el actor una serie de interrogantes tendientes a destacar la inconsistencia de la prueba y concluye solicitando que se invalide el fallo recurrido y en su lugar se "absuelva a los dos ciudadanos en cuyo nombre ha hablado".

Concepto del Ministerio Público

Observa la Procuraduría Primera Delegada que la demanda adolece de ostensibles deficiencias, no subsanables por la Corte. Pero ni siquiera consulta la técnica propia del recurso, tan exigente de suyo, especialmente cuando de la causal primera se trata. Recuerda luego los lineamientos fundamentales de la doctrina sobre tal motivo de impugnación y resume su criterio sobre la demanda así:

"No se sabe, en frente a lo que el señor demandante plantea, cuál es la verdadera y exacta violación hecha por el fallo a la ley sustancial, vale decir si fue operante en su naturaleza directa, o ya de manera indirecta, y sabido es que no le es pertinente a la Sala de Casación Penal de la H. Corte interpretar el pensamiento del demandante o llenar los vacíos dejados en el libelo de acusación, pues, se repite, es imperativo categórico plantear sin dubitación alguna la naturaleza del quebranto a la ley sustancial y demostrarlo en forma concreta y precisa, lo cual no fue cumplido por el señor demandante".

Como lógica consecuencia de tales presupuestos, el colaborador de la Corte solicita que se deseche el recurso y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

La Corte considera

1. Esta Sala ha sido infatigable en su tarea de recordar los lineamientos estructurales del recurso extraordinario de casación. Es oportuno sintetizar aquí de nuevo algunos aspectos básicos de su doctrina sobre el particular:

a) La Corte, en sede de casación, no puede penetrar oficiosamente en el estudio de todos los temas y extremos que el fallo acusado pudiera suscitar, porque no tratándose de una tercera instancia, "su actividad jurisdiccional está circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante".

b) Conforme el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

c) Las exigencias de que se exprese la causal que se aduzca y se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas sustanciales que se estimen violadas, obedecen al criterio de que la Corte no es omnímoda para juzgar de la sentencia recurrida, amparada por una presunción de acierto, razón por la cual tiene que ceñirse a las acusaciones que se le hayan formulado en la demanda, siempre que éstas consulten la forma prescrita por la ley.

d) Finalmente, como cada causal de casación tiene sus características propias y sus específicas proyecciones, es lógico que la técnica del recurso exija que a las causales distintas correspondan razones y argumentos impugnatorios diferentes, los cuales deben exponerse en capítulos separados.

2. La precisión que la norma transcrita demanda implica las siguientes condiciones, cuando la acusación se propone al amparo de la causal primera;

a) Que se determine claramente si la ley sustancial fue quebrantada de manera directa, vale decir, no proveniente de yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas; o por vía indirecta, por haber incurrido la sentencia acusada en alguna de estas dos clases de error.

b) Que si la censura afirma una violación directa de la ley sustancial, se concrete el sentido en que el quebranto hubo de producirse: Por omisión, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea.

c) Que si la censura se construye sobre la base de un error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente en la decisión adoptada por el sentenciador de segundo grado, se alegue por el recurrente sobre ese punto, concretando el elemento de juicio mal apreciado y demostrando el yerro mismo, que debe ser ostensible, manifiesto: No haber visto la prueba que obra en el proceso; o suponer la que no existe; o desfigurarla, haciéndole expresar lo que ella no dice, que es tanto como suponer un medio de convicción inexistente.

d) Que si la acusación se erige sobre un error de derecho en la estimación de un medio probatorio, además de precisarlo, se indique el precepto legal que regula su valor, demostrando que el juzgador le atribuyó un mérito que la ley no le asigna, o le negó el que ésta le otorga.

3. Del anterior esquema se desprende que la censura a una sentencia con apoyo en el primer miembro de la causal primera (infracción directa de la ley sustancial) implica la aceptación de los hechos del proceso, tal como los encuentra probados el sentenciador, y que, por el contrario los controvierte o rechaza quien aduce el segundo apartado de la referida causal (violación indirecta), motivo por el cual el alegar simultáneamente estas dos especies de violaciones respecto de la misma norma quebranta el principio de contradicción.

4. Importa recordar, finalmente, que contraría la técnica propia del recurso extraordinario de casación proponer conjuntamente los errores de hecho y de derecho en la estimación de una misma prueba. Y que tampoco procede estructurar la acusación sobre errores que indiscriminadamente abarquen el acervo probatorio, pretendiendo con ello que la Corte adquiera una convicción diferente de la que traduce el fallo impugnado.

5. Ahora bien: Si se confronta el libelo sometido a la consideración de la Corte con los presupuestos legales y doctrinarios que acaban de compendiarse, se observa con suma claridad que el demandante no precisa o concreta las disposiciones sustanciales que estima infringidas. Muy de soslayo habla de los artículos 1º y 2º de la Ley 4ª de 1943, pero sin demostrar en manera alguna el modo como pudo ocurrir su quebranto. Si por vía directa o de indirecto modo. Ni

se advierte en todo el largo y confuso examen de los diferentes elementos de juicio que obran en el informativo una alusión, siquiera tangencial, a la índole de los errores que pudieron conducir, por manera indirecta, a la violación de la ley sustancial. Se mencionan apenas en alguna parte del libelo los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, dando la impresión aparente de que el actor va a plantear un error de derecho en la apreciación de determinados medios de prueba. Pero el razonamiento queda trunco, pues no se ensaya la más elemental demostración de que en virtud de determinado y conocido proceso dialéctico aquellos preceptos incidieron, quebrantándola, en una precisa norma sustantiva.

6. No habiéndose demostrado la causal invocada, habrá de aplicarse el precepto contenido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Por lo expuesto, 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.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO

Esta infracción no constituye un delito, sino una contravención especial, cuya investigación y juzgamiento se adelanta de acuerdo al Decreto 522 de 1971. Puede considerarse como elemento subjetivo de esta contravención, el ánimo de entorpecer el descubrimiento de los hechos o el de encubrir a los presuntos responsables. — Si no existe, o no se ve nítidamente ese propósito, la infracción no se configura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

En memorial del 25 de agosto próximo pasado, ratificado bajo juramento el 1º de septiembre en curso, el abogado Francisco Vargas Holguín denunció "al actual Comandante General del Ejército, General Alvaro Herrera C., por el posible delito de violación de la reserva del sumario en que incurrió dicho General, en la reunión efectuada en las horas de la tarde del jueves próximo pasado y que son de público conocimiento".

Concreta el denunciante los hechos constitutivos de la infracción descrita en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

"1º El jueves 24 de los corrientes, el señor Comandante del Ejército convocó a rueda de prensa extraordinaria a los representantes de la casi totalidad de los diarios capitalinos, y ante estos periodistas procedió a revelar los truculentos planes del 'Ejército de Liberación Nacional' para subvertir el orden público.

"En su dramática conferencia el General aludido, reveló que 16 personas habían sido privadas de libertad, y que sobre ellas pesaban autos de detención, olvidando lamentablemente lo consignado en las normas legales de cualquier país civilizado, referentes a la inviolabilidad del sumario y al profundo respeto que se le debe tener a la persona humana y al sindicado especialmente mientras no ha sido oído y vencido en juicio.

"Reveló los mismos documentos que figuran en el expediente de la investigación por el delito de subversión que adelantó el Juez Primero Penal Militar, Teniente Rubén Darío López, Oficial que es subordinado del General Herrera Calderón, por su jerarquía militar, y quien le comunicó todo el expediente probablemente por considerar que los procesados pertenecen al Ejército, y para dar cumplimiento a lo consignado en el Art. 498 que dice que los jueces deben dar cuenta de la iniciación del sumario al Procurador General de las Fuerzas Armadas y al Comandante del arma a que pertenezca el sindicado.

"Por lo anterior, cabe afirmar que el General Herrera Calderón conocía del sumario por su condición de Comandante del Ejército".

Agrega que en los periódicos "El Tiempo", "El Espectador" y "El Siglo" se publicaron fotografías de Manuel Vargas Peña, a quien el denunciante representa como defensor en el proceso de guerra verbal ya relacionado, y documentos sacados del expediente, que, en esa forma, también se ha infringido la norma.

Finalmente, afirma que se quebrantaron los artículos 311 y 314 del Código de P. P., así como el artículo 497 del estatuto cas-

trense, y pide se inicie la investigación correspondiente.

Se considera

1. De acuerdo con el numeral 2º del artículo 151 de la Constitución, reproducido en el numeral 6º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Corte conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la misma Carta o de las leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra altos funcionarios del Estado, entre los cuales figuran los Comandantes Generales de las Fuerzas Militares. Es, pues, incuestionable la competencia para resolver el asunto planteado por el denunciante, ya que se trata del Comandante General del Ejército, a quien se atribuye violación de una ley, concretamente del artículo 314 del estatuto procesal. Debe decidirse en seguida si hay base para dictar auto cabeza de proceso, en armonía con el artículo 319 de la obra últimamente citada, o si, por el contrario, no existen las condiciones exigidas para ello.

2. La infracción que se invoca como violada, es decir, el hecho descrito en el artículo 314 del Código de Procedimiento, no es un delito, como se desprende de su propia naturaleza, sino una contravención especial, cuya investigación y juzgamiento se adelanta de acuerdo con el Decreto 522 de 1971.

3. La referida contravención especial consiste, como expresó la Corte en auto del 18 de agosto de 1953, que se ratifica en el presente, en revelar en todo o en parte, "el texto o contenido de las piezas que forman el sumario, tales como declaraciones, indagatorias, careos, inspecciones judiciales, entre otras, y en fin, aquellas actuaciones cuya reserva es necesaria para la debida investigación de los hechos. Pues lo que la ley se propone al determinar que el sumario sea reservado, no es otra cosa que la de impedir que la investigación se perjudique si personas extrañas a ella tienen conocimiento, en todo o en parte, del texto o contenido de las piezas que forman el sumario, ya que tal evento puede torcer el rumbo de la investigación, con perjuicio de la recta administración de justicia". (G. J., T. LXXXVI, Pág. 136).

4. Basándose en lo anterior, debe saberse qué parte del sumario ha sido revelada, pues aquél es un conjunto en el cual se insertan documentos que no deben ser conocidos sino por las personas que intervienen en él, y otros actos cuyo secreto no es indispensable para adelantar correctamente la instrucción, como son los que se refieren a la personalidad del infractor y a la cuantía de los perjuicios ocasionados, según enumeración que hace el artículo 309 del Código de Procedimiento. No es lo mismo revelar la confesión del procesado, que poner en conocimiento de otras personas la estimación pericial del daño, o los antecedentes del sindicado. Hay en el sumario cierta jerarquía de datos e informes de diversa entidad y significación, que no pueden confundirse entre sí ni para los efectos de la futura calificación ni para guardar la reserva respecto de su contenido, pues los unos se refieren a la existencia de la infracción y al medio con que se está esclareciendo y los otros a actividades de menor importancia.

5. La acción de revelar supone una transgresión de deberes impuestos al funcionario o a la persona que interviene en el proceso, e implica un propósito definido para impedir o estorbar el esclarecimiento de los hechos, en detrimento de la correcta administración de justicia. Revelar no supone siempre y de manera necesaria publicidad o divulgación de un secreto, pues puede cumplirse privadamente. Lo que pudiera considerarse como elemento subjetivo de esta contravención, es el ánimo de entorpecer el descubrimiento de los hechos o el de encubrir a los presuntos responsables. Si no existe, o no se ve nítidamente ese propósito, la infracción no se configura, como sería el caso del legista que en una junta médica participa datos que figuran en el expediente, sólo para rodearse de seguridad en su dictamen, o también el caso del profesor universitario que examina ante sus alumnos el texto de un documento vinculado al proceso con estricta finalidad docente.

6. Según se desprende del escrito de denuncia, el Comandante General del Ejército, Alvaro Herrera C., dio cuenta a muchos periodistas que estaban detenidas diez y seis personas, hecho que por sí sólo no constituye violación de la reserva del sumario,

pues no se trata de documentos vinculados a él, sino de providencias judiciales ya dictadas, no protegidas por el secreto, como lo ha dicho la Corte en auto del 21 de abril de 1955, que también se ratifica ahora. (G. J., T. LXXX, Pág. 133).

7. También se desprende del escrito de denuncia que hubo documentos revelados por el Comandante General del Ejército en la rueda de prensa, pero no se dice cuáles fueron, ni la naturaleza de los mismos, y aunque éstos se hubieran puntualizado, tampoco puede aducirse que se haya cumplido una actividad dirigida a enturbiar el desarrollo del consejo de guerra. Los informes suministrados pueden ser los mismos del proceso, pero el Comandante del Ejército no obraba como instructor sino en calidad de Jefe de las Fuerzas Militares, poseedor de datos relacionados con los cuerpos bajo su mando y libre, por eso mismo, de revelar lo que interesa a su funcionamiento. Sus fuentes pueden coincidir con las del sumario y aún tener mayor amplitud, sin que su divulgación represente, por lo mismo, quebranto del precepto, ya que, de otra parte, no se ve el ánimo perturbador de las actividades procesales.

En tales circunstancias, esa intervención no es constitutiva de la infracción descrita en el artículo 314 del C. de P. P. Así lo declarará la Corte, con arreglo a lo ordenado por los artículos 320 de la obra citada y 75 del Decreto 522 de 1971.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de abrir investigación por la denuncia presentada contra **Alvaro Herrera Calderón**, Comandante General del Ejército, de que se ha hablado en la parte motiva, y dispone el archivo de las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
PALACIO DE JUSTICIA

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Si el fallador aprecia como prueba un determinado acto en el que se omitieron formalidades sustanciales para su legitimidad por mandato de la ley, incurre en error de hecho, pues la actuación de ese modo realizada es jurídicamente inexistente. — Recepción de indagatoria con asistencia de un ciudadano honorable no abogado (Art. 123 del C. de P. P.). — La diligencia de inspección judicial, no exige para su validez, la concurrencia de peritos ni testigos actuarios (Art. 223 del C. de P. P.). — El delito de falsedad documental puede ser demostrado por cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley y no necesariamente mediante el cotejo de letras o dictamen grafológico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la procesada Ofelia Cardona Ceballos y sustentado por medio de apoderado especial contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de fecha 7 de febrero de 1972, mediante la cual se condena a la recurrente a la pena principal de cuatro años de presidio, por los delitos de falsedad en documentos y hurto.

Hechos y desarrollo del proceso

La acusada Ofelia Cardona ingresó a la empresa "Casa Comercial Sardi Limitada", domiciliada en la ciudad de Cali, como auxiliar de contabilidad, el 13 de octubre de 1969.

Con ocasión de sus funciones, la señorita Cardona se apropió de dineros por cuantía total de $ 7.577.14, y para encubrir su actividad delictuosa falsificó varios recibos de caja, que obran a folios 55 a 60, y elaboró letras de cambio ficticias en que aparecían obligados en favor de la mencionada empresa Blanca R. Montaño y Eunice R. de Valencia, y Pedro Luis Echeverry y Gabriela de Echeverry (Fls. 78 a 80).

Los hechos que se dejan resumidos fueron denunciados por el señor Alberto Gutiérrez de Piñeres, gerente de la firma ofendida, ante el Permanente Central de Cali, en escrito presentado el 1º de octubre de 1970 (Fls. 1 y 2).

La denuncia fue acompañada de un documento escrito por Ofelia Cardona, en el que ésta reconoció un faltante a su cargo de $ 7.234.14, sobre el cual no dio en esa oportunidad ninguna explicación (Fl. 3).

Por auto de 21 de junio de 1971, que fue confirmado por el Tribunal Superior de Cali, en el suyo de 6 de septiembre del mismo año, el Juzgado Segundo Superior de ese distrito llamó a responder en juicio a la sindicada Cardona por los delitos de hurto y falsedad en documentos, en la modalidad de continuados (Fls. 104 a 111 y 119 a 124).

Realizada la audiencia pública, acto que tuvo lugar el 19 de octubre de 1971 (Fls. 128 y ss.) el juez del conocimiento dictó sentencia del 15 de noviembre siguiente, en la que condenó a la acusada a la pena principal de 57 meses y dos días de presidio, a las accesorias de rigor y a pagar los perjuicios ocasionados con las infracciones (Fls. 138 a 144).

El defensor de la sentenciada interpuso contra el fallo el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Cali lo confirmó en el que ahora es objeto del recurso extraordinario, reformando la pena impuesta en la primera instancia, la cual se fijó en cuatro años de presidio (Fls. 149 a 151).

Oportunamente propuso la procesada el recurso de casación, el que fue legalmente concedido por el **ad-quem** y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 28 de abril postrero.

La impugnación

El apoderado especial de la recurrente, en libelo ceñido en su forma a las exigencias legales, ataca la sentencia de segundo grado con invocación de la causal primera de casación, a cuyo amparo sostiene que el fallo "es violatorio de la ley sustancial concretamente de los artículos 124, 214, 215, 265, 310 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 240; 242, 32 y 33 del Código Penal, en forma indirecta, porque su aplicación para condenar a la señorita Ofelia Cardona Ceballos fue determinada por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, algunas de las cuales no fueron apreciadas y a otras se les dio un valor de que carecen según la ley".

Como errores de hecho en la valoración de los elementos de juicio por parte del juzgador, el actor señala tres, a saber:

1. Haber tomado en cuenta la indagatoria de la procesada Ofelia Cardona y algunos careos practicados entre ella y testigos de acusación, diligencias en las cuales "no negó haber adulterado recibos de caja y haber elaborado letras de cambio ficticias con el fin de ocultar el desfalco que había cometido en su calidad de auxiliar de contabilidad de la citada firma comercial", según se lee en la sentencia impugnada, cuando en opinión del demandante esas pruebas, en especial la indagatoria, fueron irregularmente aportadas al proceso y han debido considerarse como inexistentes, por cuanto en ellas la inculpada no estuvo asistida por un abogado titulado.

2. Haber apreciado como prueba la diligencia de inspección judicial visible a folios 24 y 25, en la que no intervinieron peritos debidamente posesionados sino el testigo actuario José Arley González, quien estaba legalmente impedido para ello por haber sido apoderado de la imputada en la indagatoria (Fls. 9 y ss.), "todo lo cual vicia de nulidad la diligencia, que debió tenerse como inexistente e inepta para fundar en ella el fallo acusado. Y,

3. Haber acogido como elemento de convicción los recibos y letras de cambio que aparecen a folios 50 a 60 y 78 a 80, valorados como falsos sin que se hubiera demostrado esta circunstancia mediante cotejo de letras o dictamen grafológico.

Como error de derecho del Tribunal de instancia aduce el demandante el haber dividido la confesión de la acusada para rechazarla en la parte en que ella afirmó que no se había apropiado del dinero que se le atribuyó como faltante, pues parte de él le había sido robado en diciembre de 1969 y el resto no había ingresado a la caja porque de él habían dispuesto los vendedores de la empresa ofendida Anastasio Castro y Helmer Rengifo, cualificaciones sobre las cuales no se produjo prueba en contrario, por lo cual se violó el Art. 264 del C. de P. P. y a través de esa violación se infringieron los Arts. 240, 242, 32 y 33 del Código Penal, que no han debido aplicarse al caso.

Nada dice el apoderado demandante en cuanto a la aplicación que se hizo en la sentencia de las normas sustantivas sancionadoras del delito de hurto.

Con apoyo en los argumentos que se dejan sintetizados, el censor pide que se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte por la Corte el que deba reemplazarlo, atendiendo a lo dispuesto en el Art. 583 del C. de P. P.

Opinión del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal contestó oportunamente la demanda, y en su concepto replica con acierto los ataques a la sentencia **sub-judice**. En los pasajes principales de su vista apunta:

"**Primer Cargo**

Es sabido que en el régimen de la Ley 69 de 1945 y ahora en el nuevo Código de Procedimiento Penal (artículo 123) el cargo de apoderado para la indagatoria podrá

confiarse a cualquier ciudadano honorable cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista. Si en el curso del sumario la acusada Ofelia Cardona estuvo asistida por alguien que no era profesional del derecho, esta circunstancia no constituye motivo de nulidad o inexistencia de la diligencia en concreto por estar autorizada en el ordenamiento jurídico".

"Segundo cargo

En relación con este motivo de impugnación se responde que el perito Jairo Abrigos Nieto se designó por auto que aparece al folio 19 vto. del informativo, tomó posesión el día de la diligencia y tuvo oportunidad de examinar los libros de contabilidad de la Empresa "Casa Comercial Sardi Ltda.", y rindió el dictamen de rigor el cual aparece a folios 21 a 23 del informativo, puesto en conocimiento de las partes por auto de 21 de diciembre de 1970.

"El proveído que obra al folio 24 dispuso practicar nueva inspección ocular con intervención de testigos actuarios para establecer "los puntos materia del experticio rendido por el señor Abrigos Nieto y las deducciones a que se refería la acusada en su indagatoria".

"En esta segunda actuación no intervino el perito porque ya había presentado el experticio y porque ninguna de las partes solicitó su participación en la diligencia.

"Es cierto que el señor José Arley González intervino en la segunda diligencia como testigo actuario, a pesar de que antes había servido como apoderado de oficio de la acusada en la indagatoria, y si bien esta doble intervención puede ser criticable, sin embargo no está prohibida por la ley y menos sancionada con nulidad de la respectiva actuación. Por lo demás, es preciso observar que para el 18 de diciembre de 1970 —fecha de la segunda inspección ocular— no era necesaria la intervención de testigos actuarios de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 2204 de 1969.".

"Tercer cargo

... "no existió cotejo de letras porque la acusada paladinamente aceptó ser la autora de las adulteraciones que aparecen en los recibos color azul del folio 55 a 60 en relación con los amarillos de folio 50 a 54 y también haber confeccionado letras de cambio a nombre de Blanca Ruth Montaño, Eunice R. de Valencia, Pedro Luis Echeverry y Gabriela de Echeverry (Fl. 89 y siguiente), confesión confirmada por otros medios probatorios".

"Cuarto cargo

Se refiere a que el Tribunal Superior de Cali dividió la confesión de la acusada para aceptar lo que podía perjudicarla y rechazar los hechos que la favorecían, ya que ella manifestó haber sido víctima de robo cuando iba a consignar seis mil seiscientos pesos.

"El juzgador de segundo grado rechazó la versión del robo porque la acusada no informó a nadie de tal hecho sino cuando se descubrió el faltante en enero de 1970 —no formuló denuncia—, porque la suma de dinero que pretendía consignar es inferior a la que en definitiva se estableció como faltante y, agrega este Despacho, porque no está probado que se hubiera confiado a Ofelia Cardona una consignación por seis mil seiscientos pesos en el mes de diciembre de 1969, comentario que tiene respaldo en los documentos de folios 3, y 21 a 23 del informativo, a más de la inspección judicial realizada el 18 de diciembre de 1970".

Se considera

a) Dice el Art. 214 del C. de P. P. que "cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto, que se llenen ciertas formalidades, y éstas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado".

De acuerdo con dicha norma, si el fallador aprecia como prueba un determinado acto en el que se omitieron formalidades sustanciales para su legitimidad por mandato de la ley, incurre en error de hecho, pues la actuación de ese modo realizada es jurídicamente inexistente, y siempre ha dicho la Corte que constituye error de hecho el tomar como elemento de juicio algo que carece de existencia (material o jurídica) en el proceso.

b) La ley no sólo no sanciona con nulidad la indagatoria del sindicado cuando éste haya sido asistido en ella por un ciudadano honorable y no por un abogado, sino que expresamente autoriza esa clase de asistencia cuando en el momento de practicar la diligencia no hubiere abogado inscrito que pueda asesorar al imputado (Art. 123 del C. de P. P.).

En consecuencia, carece de razón el demandante cuando afirma que la indagatoria de la inculpada (Ofelia Cardona) es nula y que erró el Tribunal sentenciador al darle valor probatorio.

c) Ni la intervención de peritos ni la de testigos actuarios es condición o presupuesto para la validez de la inspección judicial. Así se infiere claramente de lo dispuesto en el Art. 223 del C. de P. P., que prescribe:

"La inspección judicial es el examen y reconocimiento personal que hace el juez o funcionario de instrucción, o el comisionado en su caso, ante su secretario, y acompañado de peritos, si fuere necesario, de hechos que son materia del proceso". (Subraya la Corte).

La inspección judicial que critica el demandante tuvo por finalidad, como se indicó en el auto que ordenó su práctica (Fl. 24), "constatar" los puntos materia del dictamen que había rendido el perito Jairo Abrigos Nieto, glosado a folios 21 y 23, después de éste intervino, legalmente posesionado, en diligencia de inspeción judicial anterior, cuya acta se encuentra a folios 20 Fte. y vto., cumplida con el lleno de los requisitos previstos en la ley procesal y que no mereció objeción al apoderado de la recurrente.

Luego es palmar que el acto del proceso que critica en segundo término el impugnante es válido y que no cometió por consiguiente ningún yerro el sentenciador al considerarlo como prueba idónea.

d) Los documentos referentes al delito de falsedad y a los cuales alude el actor (recibos y letras de cambio) no fueron en el presente caso medios de prueba, como él los estima, sino objeto de la misma, por haber radicado en ellos la falsedad documentaria atribuída a la procesada Ofelia Cardona. Y relacionándose esos escritos con la materialidad de la infracción contra la fe pública, no era menester ningún medio probatorio específico para la demostración de la objetividad del hecho ilícito, a términos del Art. 336 del C. de P. P., según el cual "los elementos constitutivos de la infracción, cualquiera que ésta sea, podrán demostrarse con los medios ordinarios de prueba". Por tanto, no era indispensable ni el cotejo de letras ni el dictamen grafológico que echa de menos el señor apoderado para la comprobación de la falsedad, la cual se consideró probada por los juzgadores de las instancias con otros elementos de persuasión.

Significa lo anterior que no existió el que el actor señala como tercer error de hecho del ad-quem en la apreciación de la prueba.

e) Ciertamente constituye error de derecho el dividir una confesión judicial cualificada, cuando no haya prueba que infirme las restricciones que en su declaración haya postulado el confesante, pues el fraccionamiento arbitrario de la confesión para acogerla únicamente en lo desfavorable al procesado sería en tal supuesto violatorio del Art. 264 del C. de P. P. Pero esta situación no se da en el presente asunto, como que el Tribunal Superior de Cali expuso las razones, no controvertidas por el demandante, para desatender las explicaciones de la inculpada. En el fallo se dijo al respecto:

"La justificación alegada por la sindicada quedó totalmente desvirtuada por dos razones: Primero, porque no dio aviso de tal hecho a sus superiores o patronos y tampoco entabló el correspondiente denuncio penal como era no solamente su obligación, sino que posteriormente podía presentar como explicación ante la justicia. Y segundo, porque la cantidad de dinero ($ 6.600.00) que dice le fue robada en momentos en que iba a consignarla al banco correspondiente, es muy inferior a la cantidad que por comprobaciones de contabilidad resultó a su cargo diez mil ciento setenta y siete pesos con catorce centavos ($ 10.177.14) moneda corriente, de los cuales reintegró siete mil quinientos setenta y siete pesos con catorce centavos ($ 7.577.14), que de todas formas

sigue siendo superior a la cantidad que esta alegó le fueron robados en la forma ya dicha".

f) En conclusión, el apoderado de la recurrente no demostró el cargo formulado contra la sentencia recurrida, de haber sido ésta violatoria de la ley penal sustantiva por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, y, en consecuencia, se desechará el recurso y se ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 582 del estatuto procesal.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala 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 la procesada Ofelia Cardona Ceballos contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 7 de febrero de 1972, a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva, y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Elementos que diferencian los tipos penales de hurto, estafa y extorsión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado 9º Penal del Circuito de Medellín y el Comando de la Cuarta Brigada del Ejército, con sede en la misma ciudad, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra **Miguel Angel Monsalve Largo, Héctor de Jesús Pérez y Marco Aurelio Cano Rodríguez,** por el supuesto delito de extorsión.

Anota el juez castrense que el referido ilícito no se estructura en los hechos averiguados, pues "las exigencias de dinero por parte de los presuntos comprometidos en el reato, no se producía como consecuencia de las amenazas o violencias a la persona del ofendido, sino como precio de rescate de un bien mueble, previamente sustraído de la órbita de dominio de su dueño. Se trata, pues, de un delito de robo y no del de extorsión, como lo entiende el Juez 10 Penal Municipal..."

El juzgador penal ordinario observa, en cambio, que los sindicados, hasta el momento, han "soportado la imputación del delito de extorsión... y no resulta acertado, entonces, que mediante un simple auto de sustanciación se diga que el delito de extorsión no existe, cuando en verdad esta resolución debe tomarse mediante el estudio del acervo probatorio allegado y luego de un examen de las disposiciones presuntamente violadas".

Considera la Corte

Cabe tomar en cuenta lo siguiente:

1º. De acuerdo con la denuncia formulada por el señor Jorge Iván Salazar Montoya, el día dos de febrero último dejó estacionada una motoneta de su propiedad en la calle "La Playa", entre "Junín" y "Sucre" de la ciudad de Medellín, la que en el corto lapso de tres minutos le fue hurtada. Posteriormente, el nueve de febrero, dice el denunciante lo siguiente: "El jueves tres de los corrientes, o sea al día siguiente de haber formulado la denuncia por el hurto de la motoneta de mi propiedad, recibí una llamada en el "Bar Uribe", donde se mantiene un compañero mío de nombre **Eucario Correa,** quien fue el que contestó al teléfono... y dijeron que si daba la suma de tres mil pesos devolverían la motoneta. El dizque contestó que los daba, siempre y cuando le dieran garantías. Yo estaba en el mismo establecimiento y él me contó lo de la llamada y hasta me dijo que iba a mandar un muchacho en una bicicleta. Efectivamente, como al cuarto de hora llegó un muchacho en una bicicleta, desconocido, y habló con nosotros, pues yo estaba en compañía de Eucario. Entonces dijo que venía por un dinero, pero le preguntamos por la motoneta y contestó que ésta la dejaría en determinado lugar, que esperáramos después la llamada. Entonces el muchacho se fue, en vista de que no quisimos darle el dinero, y poco después llegó otro sujeto, también en bicicleta y dijo que venía por el dinero, y Eucario le entregó el dinero, o sea tres mil pesos en dinero efectivo, y en el mismo establecimiento, o sea en el "Bar Uribe". Al salir dijo que esperáramos una llamada para decirnos en qué lugar podía-

mos encontrar la motoneta, pero no hubo la tal llamada. No se volvió a saber más nada. Ya en el día de ayer, agentes del F-2 decomisaron la motoneta de mi propiedad, pues fueron a 'Marcóvil', que es la agencia distribuidora de esas motonetas y preguntaron por el dueño, y allí le dijeron que pertenecía a mi persona... Los agentes informaron que la habían hallado en una flota, no sé en cuál, por lo lados de "El Corazón de Jesús", y ellos tenían detenido a un sujeto, como sindicado del hurto de la motoneta, el cual nos fue mostrado, pero no se trata de ninguna de las personas que fueron al 'Bar Uribe' por el dinero. Por cierto, en la misma dependencia del F-2, hay detenido otro sujeto, por otro asunto, el cual reconocimos como el primero que había ido por el dinero, y al cual no se le dio el dinero, ya que el dinero fue entregado a otro".

La averiguación adelantada dio lugar a la encarcelación preventiva de Miguel Angel Monsalve Largo, individuo de quien dijo el denunciante fue uno de los sujetos que en el referido "Bar Uribe" de Medellín, exigió la suma de tres mil pesos por la devolución del vehículo objeto del hurto denunciado. Asimismo, fueron encarcelados precautelativamente Héctor de Jesús Pérez, persona que mantenía en su taller la motoneta del nombrado Salazar Montoya, y Marco Aurelio Cano Rodríguez, de quien dice Pérez que fue la persona que dejó la dicha motoneta en su taller.

2º No arroja, hasta ahora, elementos de juicio el sumario que permitan unificar la actividad delictuosa de quienes cumplieron el hurto de la motoneta del señor Salazar Montoya y las personas que obtuvieron de éste la entrega de tres mil pesos por su devolución, la que no fue cumplida por esas últimas.

3º Se tiene entonces, por ahora, la posible ocurrencia de dos ilícitos: el de hurto, imputable a los citados Pérez y Cano Rodríguez, y el de estafa, cometido por el nombrado Monsalve Largo y otro individuo, no identificado hasta el momento.

El primero de los ilícitos citados fue consumado con la desposesión del vehículo del denunciante; y el segundo, con la inducción en error a que fue llevado sobre la supuesta devolución de la motoneta de propiedad de aquél, yerro que determinó que entregara a los delincuentes la suma de tres mil pesos.

4º No se tiene pie alguno para conformar el supuesto delito de extorsión, de que se habla en las diligencias, pues en parte alguna aparece que los sindicados hayan acudido a violencias o amenazas para la búsqueda de un provecho económico ilícito.

5º No tiene, por tanto y conforme al estado actual del sumario, competencia la justicia penal castrense para conocer en este asunto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de DECLARAR que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juzgado 9º Penal del Circuito de Medellín, a donde se enviará el expediente.

Remítase copia de este proveído al Comando de la IV Brigada del Ejército, con sede en Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Evencio Posada, Secretario.

NULIDAD

No es pertinente alegar nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción cuando se pretende impugnar la sentencia por considerar que el delito es inexistente. — La imprecisión de los cargos formulados en el auto de proceder, puede conculcar el derecho de defensa, mientras que la especificación del delito concretando su forma de ejecución en la parte dispositiva del vocatorio, sólo constituye una irregularidad que en manera alguna socava las bases del juicio ni las garantías fundamentales del procesado o de la sociedad en el plenario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciocho de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

En sentencia del diez de diciembre último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, reformando la de primer grado, condenó a **Marino Quijano Terán** y a **Edgar Díaz Aguiar** a las sanciones principales de veinticuatro (24) y dieciséis (16) años de presidio y a las accesorias de tres (3) y dos (2) años de colonia agrícola penal, respectivamente, como autores de los delitos de homicidio agravado (en grado de frustración) en los esposos Alberto Baiz y Victoria Matuk de Baiz, homicidio agravado (en grado de tentativa) en el Agente de la Policía Aristóbulo González Cáceres y robo "frustrado" respecto de un automóvil de propiedad del referido señor Baiz.

Tanto los condenados como sus defensores interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación contra el fallo de segunda instancia, el cual les fue concedido. Agotado en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) Al mediodía del 15 de mayo de 1969, en la ciudad de Cali, tres sujetos intentaron apoderarse del automóvil marca Dodge, modelo 1966, distinguido con placas número V-48-19, de propiedad de los esposos Alberto Baiz y Victoria Matuk de Baiz, quienes al oponer resistencia fueron atacados por aquéllos con arma de fuego, recibiendo graves lesiones que los inhabilitaron de por vida. También dispararon los asaltantes contra el Agente de Policía Aristóbulo González Cáceres, sin que hicieran blanco en su persona. Inicialmente fue capturado el chofer que conducía el vehículo en que los atacantes abandonaron el lugar de los hechos, Miguel Angel Camayo Ordóñez. Más tarde, mediante providencia del 25 de junio de 1969, se ordenó la detención preventiva de Marino Quijano Terán y Edgar Díaz Aguiar, como presuntos autores de los hechos delictuosos mencionados.

b) En auto del 14 de febrero de 1970 el Juzgado Segundo Superior de Cali llamó a responder en juicio criminal con intervención del jurado de conciencia a los procesados Marino Quijano Terán, Edgar Díaz Aguiar y Miguel Angel Camayo por los delitos que motivaron la condena de los dos primeros, resolución calificadora que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en el suyo de fecha 29 de agosto del mismo año, proferida de acuerdo con el respectivo Agente del Ministerio Público. (Fls. 569 y 599 vto. y 628 a 635 vto.).

c) De folios 718 a 725 aparecen los formularios que el Juez de la causa sometió

a la consideración del jurado con oportunidad de la Audiencia Pública, todos los cuales fueron contestados afirmativamente.

d) En desarrollo de tales veredictos, el juzgador de primer grado condenó a Quijano Terán y a Díaz Aguiar a las penas principales de 32 y 20 años de presidio, en su orden, y a relegación a colonia agrícola penal por un período de cinco (5) años, sanciones que el sentenciador de segunda instancia disminuyó en la forma indicada en el fallo contra el cual se interpuso el recurso de casación. Las referidas sentencias declararon extinguida la acción penal respecto del procesado Camayo Ordóñez, conforme al artículo 100 del estatuto punitivo, por haberse comprobado su muerte en el informativo.

Las demandas

Reseñará a continuación la Sala el contenido esencial de los libelos propuestos contra el fallo recurrido, adoptando el orden cronológico en que fueron presentados.

1) Demanda formulada en representación del procesado Marino Quijano Terán

Sus dos primeros Capítulos contienen un resumen de los hechos y una extensa referencia a la actuación procesal, interpolándose en ellos apreciaciones críticas en torno al aspecto probatorio del proceso. Luego se plantea la acusación con apoyo en las causales que el artículo 580 del C. de P. P. contempla en sus ordinales 1º y 4º.

Causal primera

Considera el actor que la sentencia impugnada "es violatoria de la ley sustancial por infracción directa y aplicación indebida de la misma, así como por su errónea interpretación". Planteamiento que se sustenta desarrollando, en esencial, tres cargos: el homicidio tentado en la persona del Agente de Policía Aristóbulo González Cáceres no existió; la sanción impuesta a Quijano Terán es excesiva, porque se partió del máximo y se incrementó desproporcionadamente; el sentenciador incurrió además en error de derecho al estimar comprobada la tentativa de homicidio en González Cáceres, contrariando la evidencia de las pruebas obrantes en el informativo. Al compendiar su pensamiento sobre los argumentos ofrecidos, dice el actor:

"Sintetizando, se tiene que se violaron las disposiciones legales citadas en este capítulo, así como se incurrió en error de derecho al proferir la sentencia que se acusa. Porque se parte de una base errónea para la dosificación de la pena; porque se desconocen los postulados y aun imposiciones de esas normas; porque la pena no puede graduarse a través del sistema del cúmulo aritmético sino de la acumulación jurídica o progresiva, y porque se incurrió en error de derecho al condenarse a Marino Quijano Terán por un homicidio tentado que jamás tuvo existencia real, cuyo cuerpo del delito no llegó lejanamente a comprobarse plenamente y ni siquiera vagamente. Y porque no podría aducirse que al reconocer esta circunstancia se pretenda que la honorable Corte Suprema de Justicia es Tribunal de 'tercera instancia', sino que frente o enfrentada a una circunstancia que contraríe con toda evidencia los fundamentos de la ley, que con la equidad y la justicia, debe atender la violación del derecho, auncuando haya intervención del jurado".

Causal cuarta

A su amparo se formulan al fallo recurrido tres cargos, a saber: a) La sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, porque el auto de proceder erró al calificar jurídicamente la infracción, ya que estimó como homicidio imperfecto el atentado contra el Agente González Cáceres cuando ese hecho no existió; b) Se quebrantó el derecho de defensa del procesado Quijano Terán, pues algunas diligencias se practicaron sin la presencia de su apoderado y sin que le designara uno de oficio; y c) En la parte resolutiva del auto de proceder se especificaron los delitos atribuidos a Quijano concretando su forma de ejecución: frustración respecto de los delitos de homicidio en la persona de los esposos Baiz Matuk y robo del automóvil de su propiedad; tentativa en cuanto al homicidio en Aristóbulo González.

En desarrollo de los anteriores planteamientos, expresa el impugnante:

"3º Si el fundamento de toda decisión en el proceso penal es el auto de proceder y si la ley y la Constitución imponen al juzgador de derecho precisos postulados para que actúe en ese momento, no podría afirmarse que se concedieron todas las garantías necesarias para su defensa, al especificar el delito, porque entonces todo el juicio carece de sentido, de razón de ser y de oportunidad para que el procesado presente nuevas pruebas que puedan variar su situación frente a la ley. Al violarse las normas legales que procuran la estructura misma del auto de proceder, se viola la Carta porque no se cumplen las garantías que exige en su artículo 26 y así, repito, lo ha dicho esa honorable Corporación muchas veces. De ahí que nada valga el juicio y que la sentencia se construya dentro de un proceso viciado de nulidad, hasta el punto que el Art. en que fundamento esta causal, erige en motivo suficiente de casación la nulidad para evitar equívocos.

"4º Al tomarse como base para proferir en este proceso sentencia condenatoria contra Mariano Quijano Terán un juicio viciado de nulidad por falta de las garantías consagradas en la Carta y en la misma ley positiva, la nulidad se impone como remedio excepcional para que se otorguen en toda su extensión en un nuevo episodio procesal, y así lo ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia en todas las oportunidades en que ocurre esa violación de esas garantías constitucionales y legales.

"5º También quiero insistir en que durante la etapa del sumario tampoco se le ofrecieron esas garantías al procesado, porque si su apoderado estaba ausente en el momento de la práctica de alguna diligencia en que tenía que intervenir, debió designarse apoderado de oficio. Pero se insistía en la instrucción en ofrecer todavía menos posibilidades de defensa como se puede constatar con el simple examen del proceso.

"6º Al resumir estos fundamentos de la causal de nulidad invocada, puede afirmarse que se dio denominación de delito a un hecho inexistente; de otra parte, se le niega la designación de apoderado si no se notifica de la práctica de pruebas a quien él había designado; para luego en el auto de proceder, en su parte resolutiva, encastillarlo dentro de una denominación específica de los delitos por los cuales se le llama a juicio. Todo eso es violatorio de la ley y de la Constitución".

Concluye el demandante solicitando, en suma, que se case la sentencia recurrida y se dicte la que deba reemplazarla, si prospera la causal primera; o que se invalide el proceso a partir del auto de proceder dictado por el juez de la causa el 14 de febrero de 1970, si se hallare justificada la causal cuarta.

2) Demanda presentada a nombre del procesado Edgar Díaz Aguiar

Formulada mediante apoderado especial, en ella se acusa la sentencia recurrida invocando las causales primera, segunda y cuarta de casación.

Para sustentar la primera se afirma que la parte motiva de la sentencia no guarda armonía con la decisoria o resolutiva, por cuanto dándose en la primera la impresión de que se va a absolver al procesado, la segunda, sin embargo, lo condena, infringiéndose así —en sentir del actor— el artículo 163 de la Constitución Nacional. De otro lado, como no existía prueba de que Díaz Aguiar hubiese tomado parte en la ejecución de los hechos, se desconocieron los artículos 26 de la Carta y el 215 del C. de P. P.

Con respecto a las causales 2ª y 4ª el actor se limita a expresar textualmente:

"El distinguido abogado doctor Candela Moriones también critica la sentencia por la causal 2ª puesto que en el auto de proceder que se presentó al jurado quedó involucrado el homicidio de un Agente de Policía, que nunca fue cometido. Me adhiero a sus razonamientos.

"También invoca él la causal 4ª porque estima que el proceso está viciado de nulidad. Igualmente me adhiero a sus razonamientos".

Concluye el impugnante así: "Casada la sentencia del Tribunal de Cali, pido que la Corte Suprema declare que no hay lugar a la condena de Edgar Díaz Aguiar, y ordene que se le ponga en libertad".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado, quien representa al Ministerio Público en este re-

curso, presenta un resumen de los hechos y de la actuación procesal. Sintetiza a continuación el contenido acusatorio de ambas demandas y luego anota una serie de deficiencias técnicas comunes a los dos libelos. A este capítulo corresponden las siguientes observaciones:

"En quinto lugar, en ambas demandas se invoca la causal primera de casación pero ninguna se acomoda a la técnica propia de este recurso extraordinario. En efecto: La presentada a nombre del condenado Díaz Aguiar ni siquiera insinúa si la acusación se formula por la vía directa o la indirecta y extrañamente señala como normas infringidas disposiciones de la Constitución Nacional relativas al procedimiento. Y la formulada a nombre del procesado Quijano Terán, si bien sitúa la impugnación en la primera vía, sin embargo invoca simultáneamente la violación directa, la aplicación indebida y la errónea interpretación de la norma penal sustantiva, motivos éstos contradictorios entre sí ya que el primero se refiere a la falta de aplicación de la proposición jurídica completa, la segunda a la aplicación indebida de la misma y la última a un alcance equivocado del sentido de la norma, escogida acertadamente por el juzgador; además, se invocó el error de derecho en cuanto a la demostración del homicidio tentado en la persona del Agente de Policía Aristóbulo González, impugnación propia de la vía indirecta y jurídicamente inconciliable con los motivos propuestos por la vía directa".

Fundada en el conjunto de deficiencias por ella advertidas, la Procuraduría concluye que la demanda presentada a nombre del condenado Díaz Aguiar carece de las condiciones mínimas necesarias para intentar su réplica. Y como análogo criterio le merece la formulada por el personero de Quijano Terán en cuanto a la causal primera concierne, concreta su opinión a los cargos que en esta última se proponen dentro de la esfera de la causal cuarta de casación, conceptos a los cuales se referirá la Sala en lugar adecuado del presente fallo.

La Corte considera

1. Siguiendo el correspondiente orden lógico-jurídico, se examinarán primero los cargos propuestos en ambas demandas al amparo de la causal cuarta. Y en este sentido se recordará que la primera de tales tachas se configura en el libelo de Quijano Terán afirmando que a éste se le condenó por un delito inexistente, lo cual implica error en la denominación jurídica de la infracción, motivo de nulidad contemplado por el artículo 210 del C. de P. P.

2. El simple enunciado del cargo quebranta los principios lógicos del raciocinio, porque es imposible calificar erróneamente lo que no existe. Por ello expresa con acierto el Procurador, refiriéndose a tal planteamiento, que es evidentemente contradictorio, "porque una cosa es la inexistencia de un hecho y otra el error en su estimación jurídica, el cual supone su indiscutible existencia".

3. La afirmación de que los elementos de juicio obrantes en el proceso no demuestran el homicidio tentado en la persona del Agente de Policía Aristóbulo González constituye un tema que sólo podría controvertirse dentro del marco de la causal primera (hipótesis del 2º inciso) —no dentro de la esfera de la causal 4ª— si no se opusiese a ello la doctrina más reiterada de esta Sala, que ahora se ratifica, conforme a la cual en los juicios con intervención del jurado no es pertinente aducir violación indirecta de la ley sustancial cuando tal quebranto provenga de errores de hecho o de derecho respecto de extremos cuya apreciación concierne de manera privativa al tribunal popular. (Elementos constitutivos del delito, o determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes). El desconocimiento del veredicto, conforme a los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal, constituye una función que se agota en las instancias.

La tacha, por lo visto, carece de todo fundamento jurídico.

4. Estriba el segundo cargo en que se cercenó el derecho de defensa de Quijano Terán porque en la etapa del sumario su apoderado estuvo ausente de algunas diligencias y no se le designó uno de oficio.

Se observa que, contrariando la técnica de casación, tan exigente de claridad y precisión, el actor ni siquiera precisa cuáles fueron esas diligencias. Pretermite la cita de

las disposiciones legales que en su opinión pudiesen fundar la censura y, desde luego, se echa de menos el sentido de la violación. Tampoco, en consecuencia, prospera el cargo.

5. En cuanto al tercero y último cargo, consistente en no haberse respetado en la parte resolutiva del auto de proceder la prohibición contenida en el artículo 431 del C. de P. P. a la sazón vigente, ya que se concretó en aquélla la forma de ejecución de las infracciones atribuídas a Quijano Terán, esta Sala estima suficientes, para desvirtuarlo, las razones que la Procuraduría Segunda Delegada expone sobre el particular al responder la acusación:

"En el presente proceso aparece indudable que el auto de proceder dictado por el Juzgado Segundo Superior de Cali confirmado por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial hizo expresa referencia en la parte resolutiva a la frustración del homicidio en la persona de los esposos Baiz-Matuk y del robo en el vehículo de su propiedad y a la tentativa en relación con el homicidio en el agente González Cáceres.

"Se sostiene en el libelo que esta especificación de los delitos en el auto de enjuiciamiento lesionó el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta, '... porque entonces todo el juicio carece de sentido, de razón de ser y de oportunidad para que el procesado presente nuevas pruebas que puedan variar su situación frente a la ley...'

"Considera este Despacho que la evidente irregularidad en que incurrieron las instancias carece de entidad para configurar un motivo de nulidad del proceso del orden constitucional, porque no menoscabó el derecho de defensa. En efecto:

"Es verdad que la especificación del delito en la parte resolutiva del auto de proceder así como su vaguedad —particularmente esta última— puede lesionar el derecho de defensa pero es preciso comprobar una u otra en el caso concreto, ya que no es suficiente hacer comentarios de orden general como el transcrito.

"Los recurrentes no demuestran de qué manera se afectó la garantía de defensa que asistía a los procesados Quijano Terán y Díaz Aguiar. Estos y sus defensores conocieron los términos de la acusación, recurrieron ante el superior y fue confirmada. El período probatorio del juicio transcurrió sin que se hiciera uso de él. Las cuestiones sometidas al Tribunal de Conciencia, con sujeción a los términos del auto de proceder, claramente se refieren a la forma de ejecución de los delitos y los veredictos aceptaron plenamente tanto la frustración como la tentativa y con base en estos pronunciamientos se condenó a los acusados.

"El raciocinio anterior significa que los términos del auto de proceder fueron suficientemente conocidos por los acusados y sus defensores quienes no desaprovecharon las oportunidades procesales para hacer valer sus puntos de vista, especialmente con motivo de la apelación del auto de enjuiciamiento y la audiencia pública.

"De otra parte, el derecho de defensa no sufrió mengua por hacerse referencia a la tentativa y a la frustración porque los procesados no podían ser condenados, por ejemplo, por infracciones consumadas pero sí, por un grado menor o por un delito de inferior gravedad o ser absueltos. Como antes se expuso, los demandantes en casación no demuestran en forma concreta de qué manera se desconoció la garantía constitucional en estudio y no corresponde a la Corte Suprema ni al Ministerio Público su comprobación y, principalmente, se repite, porque en realidad la infracción alegada careció de existencia jurídica.

"Por último, en apoyo de su tesis esta Procuraduría Delegada se remite a la sentencia del 30 de mayo de 1959, Gaceta Judicial, Tomo XC, números 2211 y 2212 —primera parte— páginas 764 y siguientes en la cual la Corte Suprema no casó el fallo del Tribunal Superior de Buga que condenó a Jorge Enrique Parra y a otros, a pesar de que en la parte resolutiva del auto de proceder se individualizó el delito —homicidio frustrado— y hasta se citó el artículo 17 del Código Penal correspondiente a esta forma de ejecución de las infracciones penales".

6. Importa aclarar, sí, que no existe paridad o equivalencia entre la hipótesis de vaguedad e imprecisión de los cargos formu-

lados en el auto de proceder, y la que se configura cuando en la parte dispositiva del vocatorio se especifican los delitos concretando su forma de ejecución. La primera puede conculcar el derecho de defensa, como lo ha explicado esta Sala en diversas oportunidades; la segunda sólo constituye una irregularidad que en manera alguna socava las bases del juicio ni las garantías fundamentales del procesado o de la sociedad en el plenario.

Carece de justificación, por tanto, el tercero y último cargo.

7. Lo expuesto sobre la censura formulada al amparo de la causal cuarta asume plena eficacia, desde luego, para refutar la acusación que invocando el mismo motivo pretende plantear el libelo presentado a nombre del procesado Díaz Aguiar, pues se recordará que el personero de éste se limita a expresar, contrariando ostensiblemente la técnica de este recurso extraordinario, que adhiere a los razonamientos aducidos sobre el particular por el apoderado de Quijano Terán. Procedimiento que también adopta respecto de la causal 2ª, que nunca fue invocada por este último.

8. En cuanto a la causal primera, la Sala estima que las notables deficiencias en que ambas demandas incurren al tratar de sustentarla, le impiden el estudio de la censura por tal aspecto. Ya en el lugar adecuado de esta misma sentencia se reprodujeron las observaciones críticas del Procurador en torno a los vacíos, no superables por la Corte, sobre tal extremo de la impugnación: La demanda formulada a nombre de Quijano Terán arguye simultáneamente violación directa, aplicación indebida y errónea interpretación de las mismas normas sustanciales, lo cual es inadmisible, porque como lo apunta el representante del Ministerio Público, la primera se refiere "a la falta de aplicación de la proposición jurídica completa, la segunda a la aplicación indebida de la misma y la última a un alcance equivocado del sentido de la norma, escogida acertadamente por el juzgador". De otro lado el mismo libelo aduce error de derecho en la apreciación de la prueba referente al homicidio tentado en la persona del Agente de Policía González Cáceres, impugnación propia de la vía indirecta y jurídicamente inconciliable con los motivos propuestos por la vía directa, que presupone la aceptación de los hechos trascendentes del proceso, tal como los encuentra probados el fallo recurrido, y siempre que no se trate de juicios que se ventilen con intervención del jurado de conciencia. En este campo los defectos o imperfecciones de la demanda presentada por el apoderado especial de Díaz Aguiar son aún más protuberantes, pues ni siquiera deja entrever si la presunta violación de la ley sustancial se produjo de manera directa o de indirecto modo.

9. No encontrándose justificadas ninguna de las causales aducidas en las demandas analizadas, habrá de darse aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

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, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a la cual se refiere expresamente la parte motiva.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCURSO DE DELITOS

Homicidio y robo agravados. — Formulación de los cuestionarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Agotado el trámite propio del asunto, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alvaro Vanegas Rojas contra la sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos setenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a la pena principal de veintitrés (23) años de presidio, más las accesorias correspondientes, "como autor responsable de homicidio en la persona de Carlos Eduardo Mora López y robo en bienes de Darío Ríos".

Antecedentes

a) "El señor Carlos Eduardo Mora López —relata la sentencia recurrida—, conductor de profesión y padre de numerosos hijos, devengaba su subsistencia y la de su familia como chofer asalariado al servicio de José Darío Ríos. En la noche del once de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, Mora López trabajaba en un taxi, tipo sedán, de propiedad de José Darío, y a eso de las diez y media, en el barrio Veinte de Julio tres sujetos le solicitaron les hiciera una carrera hasta el barrio Las Ferias, para lo cual dos de ellos ocuparon el asiento trasero del carro y el tercero se sentó cerca al conductor. Cuando el automotor avanzaba por la calle 67-A con carrera 66-A los 'pasajeros' desenfundaron sendos revólveres y golpearon con las cachas de los mismos a Mora López, quien intentó protegerse lanzándose del vehículo, al tiempo que los antisociales dispararon sus armas en su contra, logrando herirlo de tal gravedad, que por dicha causa dejó de existir algunos días después, pese a los esfuerzos médicos. Los sujetos emprendieron la huída, llevando consigo el taxi, ya que el que se encontraba cerca al chofer tomó el timón. Una patrulla de la Policía que vigilaba el sector llegó al lugar de los acontecimientos atraída por las detonaciones, y allí los integrantes fueron informados por don Carlos Eduardo Mora de lo ocurrido, quien les indicó el automotor en que huían los antisociales, que aún no se había perdido de vista, el cual fue alcanzado cuando se introdujo equivocadamente por la calle que carecía de salida, donde fue capturado el sujeto que manejaba el vehículo, al tiempo que los otros dos se perdían en la oscuridad".

b) La tarea investigativa fue asumida inicialmente por el Juzgado 45 Penal Municipal de Bogotá, quien trajo al informativo numerosos elementos de juicio, enviando luego lo actuado, por razones de competencia, al reparto de los Jueces Superiores.

c) Habiendo correspondido al Séptimo de tal categoría, éste, previa clausura de la investigación, calificó su mérito en providencia del 19 de mayo de 1969, en la cual resolvió "abrir causa criminal, por la vía en que interviene el jurado de conciencia, contra el procesado Alvaro Vanegas Rojas, de las condiciones personales y calidades civiles conocidas en el proceso, por los delitos de homicidio en la persona de Carlos Eduardo Mora López y robo en bienes de propiedad de José Darío Ríos, en las circunstancias, modalidades y cuantía indicadas en la parte motiva..." (Fls. 96 a 114, Cd. 1º), providencia que el superior confirmó en la suya del 6 de noviembre del mismo

año, compartiendo sobre el particular el criterio del respectivo Agente del Ministerio Público (Fls. 145 a 150, Cd. 1º).

d) Rituado el juicio en debida forma, con oportunidad de la Audiencia Pública el juez de la causa sometió a la consideración del tribunal el siguiente cuestionario:

"Cuestión primera

"El acusado Alvaro Vanegas Rojas... es responsable sí o no, de haber participado como coautor en la muerte violenta de que fue víctima Carlos Eduardo Mora López, con el propósito de matar, mediante el empleo de arma de fuego (revólver) y habiendo obrado para preparar, facilitar o consumar otro delito, según hechos ocurridos en las horas de la noche del día once de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho en el perímetro urbano de esta ciudad de Bogotá?"

"Cuestión segunda

"El acusado Alvaro Vanegas Rojas... es responsable, sí o no, de haber participado como coautor en el apoderamiento de una cosa mueble ajena (taxi), de propiedad de José Darío Ríos, por medio de violencia ejecutada sobre el conductor Carlos Eduardo Mora López, según hechos ocurridos en las horas de la noche del once de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, en el perímetro urbano de esta ciudad de Bogotá?"

"Sí es responsable", fue la respuesta unánime del jurado para ambas cuestiones (Fls. 175 y 176).

e) En desarrollo de tales respuestas, los juzgadores de primero y segundo grados profirieron los fallos condenatorios a que alude la parte inicial y motiva de la presente sentencia (Fls. 178 a 189, Cd. 1º; 17 a 23, Cd. 2º).

El recurso extraordinario

Después de resumir los hechos y de hacer sintética referencia al decurso de la actuación procesal, expresa el demandante que acusa la sentencia recurrida con fundamento en la primera de las causales previstas por el artículo 580 del C. de P. P., que estima violatoria de la ley sustancial, "por infracción directa y por aplicación indebida".

En desarrollo de tal planteamiento el actor propone dos cargos contra la sentencia recurrida.

Primer cargo

"El sentenciador —dice compendiando su criterio sobre el particular— aplicó mal, por decir lo menos, lo estatuido por el artículo 171 (alude al numeral 5, letra c); al aplicar mal ese numeral violó lo dispuesto por el Art. 26 de la Constitución Nacional, como que agravó la pena el sentenciador sin darle las razones que debe dar todo fallo y, además, indebidamente aplicó los Arts. 36 y 37 del C. P., como que, sin dar las razones, mal podía tener en cuenta las circunstancias de mayor peligrosidad. Así como ningún juez, sin dar razones, podría decir que alguien es responsable, por ejemplo, del delito de que trata el Art. 362, ningún juez puede decir que un sindicado ha incurrido en circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en determinados numerales, sin exponer las razones".

Agrega que, en su opinión, debe invalidarse la sentencia "en el sentido de no imponer el aumento que impuso el sentenciador, por las razones aludidas".

Segundo cargo

Se plantea la tacha observando que hasta el momento en que se dictó la sentencia de segunda instancia, "nadie había hablado de robo agravado en el sentido de que trata el artículo 404 del C. P." El actor desenvuelve su pensamiento de la siguiente textual manera:

"En el auto de proceder, el funcionario de primera instancia expuso:

'El concurso de las pruebas que se han dejado reseñadas indica con palmaria evidencia la participación que en el grado de coautor tuvo el procesado Alvaro Vanegas Rojas en el crimen de que fue víctima el taxista Carlos Eduardo Mora López y en el consiguiente robo de que fue objeto el vehículo que éste conducía. Toda su actividad de la noche de autos, envuelve...' etc. Más adelante (Pág. 113) se habla de homicidio calificado por el numeral 3º del Art. 363, pero del robo nada se dice en cuanto

a su calificación, ni en la parte motiva, ni en la resolutiva. Se habla, simplemente, de robo.

"El Tribunal Superior (Pág. 150, cuaderno principal), confirmó sin decir nada sobre robo calificado.

"De acuerdo con lo dispuesto por el Art. 533 del C. de P. P. establece (sic) que el juez someterá al jurado un cuestionario en el que **'se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica'.**

"Si el juez hubiera considerado, en el momento de realizar el cuestionario, que el agravante de que trata el Art. 404, numeral 1º (con armas), debía ser propuesto a consideración de los jueces de conciencia, así ha debido hacerlo, **pero no lo hizo**, como que en ese cuestionario únicamente se lee: **'por medio de la violencia'** (Fl. 178 del cuaderno principal).

"Y bien sabemos que la violencia es elemento constitutivo del delito de robo de que trata el Art. 2º del la Ley 4ª de 1943, cuya pena es mucho menor que la que consagra el referido Art. 404 Ib.

"El jurado de conciencia en ningún momento se pronunció sobre un delito contra la propiedad cometido con 'violencia' y 'con armas', sino de un delito perpetrado con violencia, luego indebidamente se aplicó el Art. 404 del C. P., cuando ha debido aplicarse el Art. 2º de la Ley 4ª de 1943.

"En la sentencia recurrida, efectivamente (Fl. 22, cuaderno del Tribunal) se lee:

'Las características de los dos delitos investigados hacen que éstos tengan que considerarse como agravados, de acuerdo con los artículos 363 y 404 del Código Penal...'

"Y, como ya se anotó, ni en el auto de proceder, ni en el cuestionario, ni en la veredicción, se habló de robo agravado".

El libelo finaliza con la solicitud de que se case parcialmente la sentencia acusada "en el sentido de aumentar la pena con base, no en el Art. 404 del C. P., sino en el 2º de la Ley 4ª de 1943", ya que, en sentir del actor, se aplicó indebidamente la primera de tales disposiciones.

Concepto del Ministerio Público

Respecto del primer aspecto de la acusación considera la Procuraduría Primera Delegada que si se leen detenidamente los fallos de primera y segunda instancia se concluirá que aquél carece de justificación legal, pues en ellos no se echan de menos los fundamentos jurídicos que permitieron agravar la pena con base "en las circunstancias de mayor peligrosidad de que hace gala la personalidad del reo". Y además —continúa—, dichas circunstancias "son predicadas incuestionablemente a lo largo del proceso por elementos de certeza que despejan toda duda al respecto".

"Así —concluye—, los antecedentes de Vanegas Rojas quedaron fiel y legalmente consignados como también las constancias legales de condenaciones legales y de policía anteriores a los delitos por los que se le condenó en el caso sub-judice. De la narración que los fallos traen de los hechos, extractada del acervo probatorio recogido, salen airosas las circunstancias de mayor peligrosidad pregonadas por los numerales 6º, 9º y 7º del artículo 37 del C. P."

En apartes posteriores el Procurador amplía su criterio con argumentos colaterales y finaliza solicitando que se rechace el cargo, por carecer de demostración legal.

Y en cuanto al otro aspecto de la acusación, expone estas ideas:

"El segundo cargo a nada conduce porque la sentencia recurrida, vale decir la proferida por el ad-quem en nada agravó o aumentó la pena privativa de la libertad que le fue impuesta al reo en la primera instancia, puesto que ella fue de 23 años de presidio y así se mantuvo por el H. Tribunal al confirmar, como en efecto la confirmó. El que en el fallo recurrido se hubiera hecho alusión al artículo 404 del C. P. y no al 2º de la Ley 4ª, de 1943, que es el que reclama el señor demandante, y aún más, que se hubiera dicho en el pronunciamiento del ad-quem que el delito de robo era agravado, y lo mismo fuera omitido por el a-quo, sin aumentarse, como ya se dijo la penalidad, es planteamiento que en forma alguna lesiona los derechos constitucionales y legales del procesado, dado caso que hay identidad

en cuanto a la tasación de la pena en ambos falladores. Y si el primero, como parece ser cierto, puesto que contra él ningún reclamo hace el demandante, obró conforme a derecho para deducir la penalidad adecuada por el delito de robo, teniéndose en cuenta los demás factores de concurso de los delitos y circunstancias de mayor peligrosidad, ninguna atinencia jurídica, se repite, produce la contradicción entre uno y otro fallador sobre la calificación de uno de los delitos. Lo cierto es que los cuestionarios presentados a los jueces del pueblo están acordes con los cargos del vocatorio a juicio, y la sentencia en concordancia con éstos y con el veredicto. De no variarse este equilibrio, así haya razonamientos un poco contradictorios, el fallo recurrido, que confirma sustancialmente al de primer grado, debe mantenerse, como respetuosamente lo solicita esta Procuraduría Delegada".

La Corte considera

1. Al examinar el fallo recurrido los fundamentos en que la sentencia de primer grado se apoyaba al individualizar las sanciones impuestas al reo, dijo:

"Las características de los dos delitos investigados hacen que éstos tengan que considerarse como agravados, de acuerdo a los artículos 363 y 404 del Código Penal. Para el homicidio, en estas condiciones, la pena señalada es la de quince a veinticuatro años, y para el robo la sanción es de tres a catorce años, en ambos casos de presidio.

"Si tenemos en cuenta que contra el ajusticiado obran varias circunstancias de especial peligrosidad, y que su personalidad es peligrosa para la sociedad, dados sus antecedentes, de acuerdo con los artículos 36 y siguientes del Código Penal, hay que aumentar la pena para el delito principal, partiendo del mínimo, como lo hizo el aquo, dejando la sanción en diecisiete años.

"Pero dada la circunstancia de que nos encontramos en presencia de un concurso real de delitos, ambos de suma gravedad, que de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal se aplicará la sanción establecida para el más grave 'aumentada hasta en otro tanto', encontramos ajustada a la justicia y a la ley el aumento a seis años, por el robo concursante, para un total de veintitrés años de presidio". A lo anterior agregó que en ese aspecto, la sentencia revisada merecía ser confirmada, y, en efecto, así consta en la parte resolutiva.

2. Es apenas obvio que la sentencia de segunda instancia se refiere a las circunstancias de mayor peligrosidad que el fallador de primer grado encontró probadas, entre las cuales se encuentran las previstas en los ordinales 6º, 7º y 9º del artículo 37 del C. P., a que alude el Procurador, quien acierta al expresar que tales circunstancias tienen sólido apoyo en la narración de los hechos, "extractada del acervo probatorio recogido". Así las cosas, no es exacto que el fallo recurrido carezca de fundamentos jurídicos para calificar las circunstancias de mayor peligrosidad respecto del procesado Vanegas Rojas, o, al menos, no lo demostró el impugnante.

No prospera, en consecuencia, el cargo primero.

3. Ya hubo de recordarse en la parte adecuada del presente fallo que Vanegas Rojas fue llamado a responder en juicio "por los delitos de homicidio en la persona de Carlos Eduardo Mora López y robo en bienes de propiedad de José Darío Ríos, en las circunstancias, modalidades y cuantía indicadas en la parte motiva..." Y en la parte consideratiya, con fundamento en prueba múltiple, quedó dicho con suma claridad que el robo se había perpetrado con armas (revólver).

4. Por ello sin duda en el primero de los dos cuestionarios sometidos a la consideración del tribunal popular se le preguntó a éste si Vanegas Rojas era responsable "de haber participado como coautor en la muerte de que fue víctima Carlos Eduardo Mora López, con el propósito de matar, mediante el empleo de arma de fuego (revólver) y habiendo obrado para preparar, facilitar o consumar otro delito..." Y en el segundo de tales cuestionarios, que en manera alguna puede desvincularse del primero, integrando con éste un todo conceptual, se interrogó al jurado acerca de la responsabilidad del mismo procesado "como coautor en el apoderamiento de una cosa mueble ajena (taxi), de propiedad de José Darío Ríos, por medio de violencia ejecutada sobre el conductor Carlos Eduardo Mora López...",

violencia que, según se acababa de expresar, sin que fuera necesario repetirlo, fue ejercida mediante el empleo de arma de fuego.

5. No podría, pues, soslayarse en la audiencia pública, como no se soslayó, el tema referente al empleo de armas en el robo que, con el homicidio, se le imputaba al procesado. Frente a tan claros antecedentes no es extraño que en la sentencia recurrida el Tribunal expresara, para confirmar plenamente la sanción impuesta al reo en la sentencia de primera instancia, que "las características de los dos delitos investigados hacen que éstos tengan que considerarse como agravados, de acuerdo con los artículos 363 y 404 del Código Penal".

6. Basta lo expuesto para concluir que la sentencia impugnada no infringió, por aplicación indebida, el artículo 404 del Código Penal. Y debe desestimarse, por tanto, el segundo cargo estudiado. Importa expresar, de otra parte, que si el actor estimó que los cargos formulados en el auto de proceder adolecían de vaguedad e imprecisión, o que la sentencia recurrida no estaba en consonancia con tales cargos, o que se hallaba en desacuerdo con el veredicto del jurado, verbi gratia, otras eran las causales que debió proponer al juicio de la Corte.

Decisión

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a que expresamente se refiere la parte motiva.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Para que uno de los errores señalados en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal pueda tomarse como generador de nulidad, es necesario que él sea de tal entidad, de tal trascendencia, que menoscabe las bases del procedimiento o que pueda ser motivo de injusticia para el procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

La Corte, una vez cumplidos los trámites de la ley, debe resolver acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Miguel Antonio Prada y Emilio Viveros Salazar y por el defensor del primero de los ya nombrados, contra la sentencia de fecha 1º de marzo del presente año por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Superior del Círculo Judicial de Santander el 21 de octubre de 1971, por medio de la cual los procesados ya nombrados fueron condenados a la pena principal de veinticuatro años de presidio cada uno, a más de las accesorias correspondientes, "por los delitos de 'doble homicidio' y 'robo' agravados".

Hechos

Son presentados en la sentencia de primera instancia, reproduciéndolos del auto de proceder, en la siguiente forma:

"... Da cuenta la historia que el señor Jesús María Otálora, desempeñaba las funciones de administrador o mayordomo de la hacienda denominada "La Julia", de propiedad de la señora Julia Romero de Prieto, sita en la vereda del Culebrero, comprensión del corregimiento de Tacueyó, municipio de Toribío (Cc.), en donde residía juntamente con su esposa Matilde Novoa de Otálora y su hijo Alvaro Otálora Novoa. Que con motivo de las fiestas que se celebraban en el sitio de "El Palo", Municipio de Caloto (Cc.), entre los días 15 a 17 del citado mes de julio de 1966, Alvaro Otálora se retiró de la casa paterna dejando en ella a sus progenitores quienes permanecían al cuidado y administración de la hacienda "La Julia", regresando a la misma por el día 18 del citado mes y año a eso de las seis y cuarenta y cinco minutos de la tarde, para encontrar que las puertas y ventanas de la casa se encontraban herméticamente cerradas, por lo que previendo algún suceso inesperado, se hizo acompañar de algunos vecinos del lugar y forzando una de las ventanas, se encontró con el macabro espectáculo de que sus progenitores habían recibido muerte violenta por sujetos hasta el momento desconocidos.

"Habiendo tenido conocimiento de los hechos anteriormente narrados el señor Inspector de Policía Judicial del Corregimiento de Tacueyó, se trasladó en asocio de su secretario al lugar indicado para practicar la diligencia de levantamiento de los cadáveres de los esposos Jesús María Otálora y Matilde Novoa de Otálora (Fls. 1 y 2). Así de esta forma se inició el presente proceso' (Fls. 178 y 360).

Agréguese a lo anterior que en las horas de la mañana del día domingo 17 de julio del año ya dicho, el procesado Miguel Antonio Prada, en compañía de Emilio Viveros Sala-

zar vendió a Miguel Angel Orozco Hurtado varias arrobas de café por la suma total de $ 1 566.00, el cual, según se estableció plenamente, había sido hurtado por los dos procesados de la casa de habitación de los occisos, a raíz de los homicidios agravados por ellos cometidos.

Actuación procesal

Dejando algunos detalles para precisarlos al dar respuesta a la demanda de casación, aquélla puede sintetizarse así: Las primeras diligencias investigativas se practicaron por la Inspección de Policía Judicial del Corregimiento de Tacueyó, comprensión municipal de Toribío y el Juzgado Penal Municipal de esta localidad dictó auto cabeza del proceso el 21 de julio del año dicho (Fls. 4, vto. Sgt.). Se practicaron numerosas pruebas y fueron oídos en indagatoria Miguel Angel Orozco (Fls. 11 vto. ss.), José Noé Orozco Guerrero (Fls. 27 Sgt.), Julio Guejia Mosquera (Fls. 28 vto. ss.), Emilio Viveros Salazar (Fls. 59 ss.) y Miguel Antonio Prada (Fls. 62 ss., 68 Sgt.). Por auto de 6 de agosto siguiente se decretó la detención preventiva de Viveros y Prada (A. "Bulla") (Fls. 77 ss.) y el 17 de junio de 1968 se declaró cerrada la investigación (Fl. 169). El 28 de agosto del mismo año el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Santander (Cauca) llamó a responder en juicio criminal a Prada y a Viveros "por el doble delito **"del homicidio"**, perpetrado en la persona de Jesús María Otálora y Matilde Novoa de Otálora, y **"del robo"**, en los bienes de los esposos Otálora Novoa, siendo de tener en cuenta que en esta pieza se precisó: "...nos encontramos ante un homicidio doble y robo agravado... de conformidad a los numerales 3, 5 y 7 del Art. 363 y el artículo 404 del C. P...." También en ella se sobreseyó de manera definitiva en favor de Miguel Angel Orozco Hurtado, Jesús Noé Orozco Guerrero y Julio Guejia Mosquera, quienes ya venían gozando de libertad (Fls. 178 ss.). La providencia fue apelada por los procesados, quienes solicitaron nombramiento de defensor de oficio (Fl. 198 vto.) y, también por éste (Fls. 203 vto. sgt.). El 10 de abril de 1969, el hoy extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santander (Cauca) confirmó "en todas sus partes", la providencia materia de la apelación y la consulta (Fls. 209 ss.). Luego de algunas incidencias procesales, el 23 de septiembre de 1971 se celebró la respectiva audiencia pública y los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado fueron contestados en forma afirmativa y de manera unánime, sin atenuantes ningunos (Fls. 330 ss.). Luego de no acceder a decretar una nulidad solicitada por el defensor de Miguel A. Prada (Fls. 358 Sgt.), el juzgado de primera instancia, acogiendo el veredicto emitido por el tribunal popular, emitió su sentencia condenatoria de primera instancia (Fls. 360 ss.), cuya confirmación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (Fls. 386 ss.), dio origen al recurso extraordinario de casación que se viene desatando.

La demanda

Al amparo de la causal 4ª de casación: haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, tres cargos que se estudiarán separadamente y en el mismo orden en que vienen presentados, formula el recurrente contra la sentencia que impugna.

Primer cargo

Lo enuncia así: En su juzgamiento Miguel A. Prada y Emilio Viveros "estuvieron ausentes de defensa formal o jurídica, violándose así el Art. 26 de la Constitución Nacional que exige un estricto cumplimiento de las normas de procedimiento y consagra el derecho de defensa procesal".

Para sustentarlo, argumenta: Desde el instante mismo de sus indagatorias a los sindicados se les designó apoderados de oficio quienes "en ningún instante presentaron la prueba más pequeña o el alegato más ínfimo tendientes a hacer menos difícil la situación de sus patrocinados", a pesar de que el encargo no podía limitarse a tal diligencia, sino que tenía que extenderse a todas las demás, siendo obligación del instructor velar porque la defensa se prosiga con una actividad profesional adecuada, lo cual se deduce de los artículos 357, 104 y 108 del estatuto procesal penal vigente cuando se adelantó esta investigación, puesto que una cosa es la presencia física del apoderado en determinadas diligencias

y otra la jurídica que implica petición de pruebas, interposición de recursos y sobre todo presentación de alegatos cuando se ha cerrado la investigación, lo cual no se excusa por la intervención del juez y del Ministerio Público ya que éstos, por exceso de trabajo y por no estar en relación directa con el procesado, no pueden realizar el profundo y debido estudio. Insiste en que los procesados no estuvieron formalmente asistidos durante el sumario y sí sólo en el proceso: el recurso de apelación contra el auto de proceder no fue sustentado ni luego se pidieron pruebas; decretada una nulidad, los defensores no aprovecharon para solicitar pruebas y, ni siquiera recurrieron contra el auto enjuiciatorio. La conducta de uno de los nombrados como defensor de oficio de Viveros es repugnante porque fue a última hora cuando se excusó de servir el encargo por haber prestado sus servicios profesionales de manera permanente a la familia Prieto, dueña de la hacienda donde ocurrió el crimen. Cita una jurisprudencia de esta Corporación en torno a la interpretación y alcance del artículo 26 de la Carta y, concluye: los procesados "estuvieron huérfanos de la defensa formal, técnica o jurídica a que tenían derecho, violándose así el Art. 26 de la Constitución Nacional al no observarse a plenitud las formas propias del juicio, nulidad que debe abarcar hasta el auto que decretó el cierre de investigación, inclusive".

Se responde el cargo

En sentir del Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el cargo debe desecharse puesto que tanto en el sumario como en la etapa del juicio, se cumplieron las disposiciones procedimentales pertinentes. Tiene razón el colaborador: como en múltiples oportunidades lo ha sostenido esta Corporación, "la nulidad supralegal por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, sólo se produce cuando la indefensión ha sido total" (Sentencias de 27 de febrero, 9 de marzo, 29 de mayo, 11 de diciembre de 1970; 18 de julio y 22 de septiembre de 1972). Se quebranta el artículo 26 de la Carta "cuando en el juicio el procesado carece en absoluto de los medios técnicos adecuados para rebatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y garantías consagradas para que los ciudadanos comparezcan ante la justicia, aunque aquellas irregularidades no se hallen establecidas como causales legales de nulidad".

Dentro de este proceso los sindicados, en sus indagatorias, estuvieron asistidos por personas que les fueron designadas como apoderados. Natural desear como ideal el que tales cargos siempre sean desempeñados por abogados titulados, mas esa idea se estrella contra la realidad ya que en la gran mayoría de nuestros pueblos no hay profesionales titulados para cumplir tal misión y, por otra parte, también gran número de sindicados no tienen los medios económicos suficientes para asegurarse los servicios de aquéllos. Pero la esencia de la ley, se repite, ha tenido cumplimiento. Y, en la etapa del juicio también se cumplió de manera amplia y, en ocasiones eficaz, pues como lo recuerda el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en ésta tampoco aparece fundado el cargo en relación con la causa: "Se observa que el defensor apeló el auto de proceder y en virtud de este recurso, aunque no lo sustentara, el Tribunal examinó dicha providencia; posteriormente la defensa solicitó y obtuvo no sólo la nulidad de la actuación, por defecto en su notificación sino también que se designara defensor para cada uno de los procesados, procurando que no estuvieran comprendidos en cualquier causal de inhabilitación para el desempeño de su función, razón por la cual el juzgado efectuó varias sustituciones de ellos; finalmente, la audiencia se cumplió con la intervención de los nombrados en esta forma, quienes gozaron de oportunidad para proponer las razones que consideraron pertinentes en favor de sus patrocinados y como lo exigía su función; no se advierte así, lesión alguna al derecho de defensa y la acusación referida no puede por tanto prosperar".

No está por demás tener en cuenta que uno de los abogados defensores que intervino en la audiencia pública fue el mismo que ha recurrido en casación y él no estimó

necesario el que se practicara prueba alguna durante ella, ya que no la solicitó.

En consecuencia este cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

El juicio estaba viciado de nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, en la cual se incurrió al no darse aplicación al 104 de antiguo Código de Procedimiento Penal entonces vigente, ya que siendo el sindicado Emilio Viveros, para la fecha de los hechos, mayor de 18 años pero menor de 21 y careciendo de representante legal, para oírlo en indagatoria ha debido designársele curador ad-litem. Sigue extendiéndose en consideraciones acerca de lo anterior, de su incidencia en el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964 y también en los 436 y 382 del nuevo estatuto procedimental penal, para concluir que este cargo debe prosperar "por violación del Art. 3º del Decreto 1358 de 1964 y del 26 de la Constitución Nacional, estando afectado de nulidad el proceso para ambos procesados desde el mismo auto que cerró la investigación".

Se responde el cargo

Prescindiendo de otras consideraciones porque resultarían superfluas, para llegar a la conclusión de que este segundo cargo debe desecharse, basta tener en cuenta la siguiente acotación del Ministerio Público:

"Posiblemente por aparecer al final de la diligencia de indagatoria de Emilio Viveros Salazar (Fl. 61, v. Cuad. 1º), pasó inadvertida para el señor apoderado, la siguiente constancia: "... se hace constar que el sindicado fue asistido o se le nombró como curador el mismo apoderado..."

"En esta forma se dio cumplimiento al precepto citado por el demandante, ante la manifestación del indagado de ser menor de edad con lo cual se cumplieron las formalidades legales y el cargo carece completamente de base".

En consecuencia, no prospera este cargo.

Tercer cargo

Lo formula así: "existir la nulidad procedimental contemplada por el numeral 5º del Art. 210 del C. de P. P. en concordancia con el 533 de la misma obra, lo cual conlleva —indispensablemente— violación del artículo 26 de la Constitución Nacional".

En orden a fundamentarlo, arguye: el citado ordinal 5º señala como causal de nulidad "haberse incurrido en error respecto de la fecha o época de la comisión del delito en el auto de proceder; por otra parte el Art. 533 dice que el cuestionario que deba absolver el jurado de conciencia deberá estar formulado conforme al auto de proceder, es decir, dicho cuestionario se convierte o debe ser la esencia del auto de vocación a juicio, razón por la cual, si se incurre en error en elaboración del cuestionario, es desconocimiento del contenido de tal providencia, pues, sencillamente, se ha realizado un acto nulo que afecta —lógicamente— a sus consecuencias". Continúa: De acuerdo con las pruebas y con lo consignado en el auto de proceder, se afirma que los homicidios se cometieron el 16 de julio de 1966 y el robo al día siguiente. Recalca sobre lo anterior para demostrarlo. De donde concluye que como en los cuestionarios "se propuso: **'el acusado... es responsable de... 'hechos ocurridos el 18 de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966)' ...**", se está frente a una nulidad que propone en forma subsidiaria "por violación del numeral 2º del Art. 210 del C. de P. P., en concordancia con el 533 de la misma obra, al igual que del Art. 26 de la Constitución, pues hubo error en cuanto a la fecha, o sea a la época determinada matemáticamente, de la comisión de los delitos, al proponerse los cuestionarios al jurado de conciencia" por lo cual el veredicto fue nulo y, en consecuencia, nula también la sentencia que sobre tal base se dictó.

Se responde el cargo

Sabido es que el auto de proceder "constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado, para que se defienda", lo cual implica, como garantía de su defensa, el que tales cargos, en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar se presenten de la manera más clara y precisa que sea posible. Como lo ha enseñado la Corte, "Si se indaga por el fundamento mismo de la nulidad procesal originada en equivocación relativa

a la época y lugar en que se cometió el delito o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es necesario reconocer que el legislador estableció esos motivos de nulidad no con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos, sino buscando las finalidades de identificar el delito y de evitar la injusta condenación de un inocente a quien las autoridades hayan podido confundir con el verdadero responsable a causa de una simple similitud de nombres o apellidos" (Gaceta Judicial, Tomo LI, Pág. 681).

Concretando lo anterior al cargo que ahora se estudia, debe tenerse en cuenta: En la parte motiva del auto de proceder (Fls. 178 ss.) se afirma de manera precisa que los delitos de homicidio agravado en Jesús María Otálora y Matilde Novoa de Otálora tuvieron su consumación entre el 16 y el 17 de julio de 1966 y el de robo en esta última fecha, ilícitos por los cuales fueron llamados a juicio Miguel Antonio Prada (a. Bulla) y Emilio Viveros Salazar. Y las anteriores precisiones se hicieron teniendo en cuenta el abundante caudal probatorio recogido durante la etapa instructiva. De manera que los delitos quedaron perfectamente determinados en los extremos indicados y así los procesados sabían, sin lugar a la menor de las dudas, de qué ilícitos tenían que defenderse, conociendo también la fecha en que ellos fueron cometidos. El mismo defensor que ha recurrido en casación en su escrito de fecha 1º de octubre de 1971, dirigido al juez del conocimiento, pidiéndole decretar la nulidad que ahora mismo esgrime, acepta que los homicidios se consumaron el día 16 y el robo el 17, ya dichos. En la diligencia de audiencia pública se leyeron los cuestionarios propuestos a la consideración del jurado y el auto de proceder de primera instancia, como también la pieza que lo confirmó. De manera que nadie podía abrigar la menor de las dudas acerca de los hechos que se juzgaban, de la identidad de los procesados y de las circunstancias en que se afirma aquéllos fueron cometidos (Cfr. Fls. 330 ss.).

Para que uno de los errores señalados en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal pueda tomarse como generador de nulidad, es necesario que él sea de tal entidad, de tal trascendencia, que venga a minar las bases mismas del procedimiento o que pueda llevar a cometer una injusticia. Es verdad que en los cuestionarios se incurrió en una equivocación al señalar el día en que se consumaron los hechos, pues en vez de hacer referencia a los que ya se dejaron precisados, se hizo fue al 18 de esos mismos mes y año. Mas no se ve en esta equivocación un error sustancial, un error esencial en esa circunstancia de tiempo que pudiera llegar a acarrear perjuicio alguno a los procesados ni a dificultar su defensa, porque, en el fondo, lo que se observa es una simple equivocación que en nada vino a menguar su derecho de defensa, ni a alterar la clase de los ilícitos imputados ni a sembrar dudas en torno a sus autores o víctimas. Tan cierto es lo anterior que en el curso de la audiencia pública los defensores que amplia y libremente intervinieron, no manifestaron que aquella equivocación les causara perplejidades ningunas y, cumplieron a cabalidad con su deber. Cosa distinta es que el resultado del veredicto no hubiera estado acorde con sus pretensiones. Debidamente identificados los autores y debidamente señalados o precisada la "época" en que ellos ocurrieron, circunstancias éstas que quedaron claramente plasmadas en el auto de proceder y que fueron conocidas en su oportunidad por todas las personas que intervinieron en el proceso, se llega a la conclusión de que, no habiéndose irrogado lesión alguna a éstas ni menoscabado la defensa con la equivocación a la cual se ha hecho referencia, no existe la nulidad legal invocada ni tampoco aquélla de índole constitucional que también se esgrimió, y de la cual ha debido prescindirse porque, como lo anota el Ministerio Público, en casos como el presente, basta con referirse a la señalada por la ley "sin que se requiera el apoyo o fundamento en la disposición constitucional, pertinente en casos no contemplados por aquélla, pero que implican desconocimiento de las garantías procesales o derechos del procesado".

De ahí que el Procurador Primero haya podido concluir con relación a este cargo: "el error en la proposición del cuestionario no tiene incidencia alguna, pues se concluye

que los jurados se refirieron a los hechos sometidos a su consideración, debidamente determinados en sus fechas por las pruebas y en el auto de proceder; el señor apoderado se refiere también a la actividad de los procesados, en las fechas expresadas, lo cual implica que no alega duda alguna en cuanto a los delitos y sus responsables y así el motivo que sustenta la nulidad alegada no existe y la acusación no puede prosperar".

En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

De lo expuesto se concluye que los cargos formulados contra la sentencia recurrida en casación, al amparo del ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, no pueden prosperar y, en consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el 582 del mismo estatuto, el recurso habrá de desecharse y se ordenará la devolución de estas diligencias al Tribunal correspondiente.

Decisión

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de marzo del año en curso, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. SU TECNICA

Violación directa e indirecta de la ley sustancial. — Causal primera de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Mediante sentencia del veintiséis de febrero del año en curso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia condenó a Jairo Londoño Correa a la pena principal de veintiocho (28) meses de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos y lo absolvió del delito de estafa.

Contra el fallo condenatorio de segunda instancia interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, el cual le fue concedido. Agotado en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) Reproduciéndolos del auto de proceder, la sentencia recurrida concreta así los hechos debatidos en el juicio:

"Con fundamento en algunos informes de la señorita Rubiela Ramírez Arcila empleada de la Oficina de Planeación Municipal, la Contraloría General del Departamento por medio de los Visitadores Jaime Dávila Henao y Luis Rosendo Giraldo Gómez en visita practicada en las dependencias de la Tesorería de Rentas, hizo notar la existencia de un fraude en detrimento de los intereses del Municipio de Armenia, en cuantía que estimó en la suma de diez y siete mil ciento cincuenta y dos pesos.

"Como resultado de la mencionada diligencia Fiscal, se sacó como conclusión que existe una serie de recibos que no corresponden a los que oficialmente expide la Tesorería; otros que habiendo sido expedidos por la Tesorería fueron alterados en el original, bien sea en el nombre del interesado, su fecha a su valor total. En otros se utilizó un sello completamente diferente al que se usa en la Tesorería. Los documentos que se estima fueron falsificados o alterados son en total unos veintinueve y hacen relación directa con el impuesto que se cobra por concepto de hilos y niveles en la Oficina de Planeación. En estas dependencias entregan al interesado la liquidación correspondiente en una nota en que se determina el valor que debe pagarse en la Tesorería y una vez hecho el pago se expide el recibo de Caja en la Tesorería cuyo original vuelve a Planeación, quedando anotado el número del recibo en los planos correspondientes".

Agrega el fallo acusado que en la etapa del juicio "no varió la situación de Londoño Correa, vale decir, es la misma que se tuvo en cuenta para radicarlo en juicio criminal".

b) Con fundamento en el resultado de la visita adelantada en la Tesorería de Rentas Municipales de Armenia por funcionarios de la Contraloría del Departamento del Quindío, el Contralor Municipal de aquella ciudad formuló denuncia penal ante los respectivos jueces superiores, habiéndole correspondido el asunto, previo reparto, al Tercero de tal categoría, quien al estimar perfeccionada la etapa investigativa, mediante providencia del 16 de junio de 1971 calificó el mérito del sumario llamando a Jairo Londoño Correa a responder en juicio criminal por los delitos de falsedad en documentos, y falsificación de sellos y otros efectos oficiales y estafa y sobreseyendo temporalmente en favor de Francisco Javier

Díaz Zapata y Bernardo Mora R., quienes en razón de los mismos hechos también habían sido vinculados al proceso.

c) Apelado el vocatorio, el Tribunal Superior de Armenia, acorde en lo esencial con el respectivo Agente del Ministerio Público, lo confirmó mediante proveído del 25 de septiembre de 1971, excepto en cuanto se refería al cargo de "falsificación de sellos y otros efectos oficiales", que quedó así eliminado del pliego acusatorio. Puntualizó además el Tribunal en la parte considerativa de esa providencia, que la falsedad a que se contrae el proceso tiene el carácter de delito continuado, "al tenor de lo dispuesto por el artículo 32 del C. Penal" (Fls. 96 a 122).

d) Rituada la causa, el juzgador de primer grado profirió la sentencia de fecha 17 de diciembre último, en la cual condenó a Jairo Londoño Correa a la pena principal de treinta (30) meses de presidio, más las accesorias de rigor legal, como responsable de los delitos por los cuales fue llamado a responder en juicio. La fórmula resolutiva del mencionado fallo contempla asimismo la condena en abstracto "al pago de los perjuicios causados con las infracciones los que se regularán siguiendo el procedimiento indicado en el C. de P. Civil", fallo que el Tribunal Superior de Armenia confirmó, con las reformas anotadas, en el que ha sido objeto del presente recurso de casación (Fls. 202 a 220).

La demanda

La acusación al fallo recurrido, formalizada por el apoderado especial de Londoño Correa, se propone invocando, en su orden, las causales que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en sus ordinales 4º y 1º.

Causal cuarta

"Aduzco en primer término la causal cuarta prevista en el Art. 580 del C. de P. Penal —dice el recurrente—, 'por haberse proferido sentencia en un juicio viciado de nulidad', de conformidad con lo prescrito por el Art. 26 de la C. Nal., como que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

No obstante estar facultado el juez por el artículo 500 del C. de P. P. para rechazar las pruebas que estime inconducentes, "debe conservar el mayor celo, para que de una apreciación suya, eminentemente subjetiva, no se vaya a omitir la práctica de algunas, que pudieran ser categóricas al señalamiento de la responsabilidad o la inocencia del procesado". Al negar el juez en el caso de autos algunas pruebas solicitadas por el apoderado del procesado, se quebrantó en materia grave el derecho de defensa, "comoquiera que se ha coartado su libertad para demostrar su inocencia".

A continuación critica el impugnante la providencia mediante la cual el juez denegó la práctica de determinados elementos de juicio, afirmando que tal negativa constituye "un grave caso de prejuzgamiento", pues con ese proceder se obliga apriorísticamente a radicar en la persona de Londoño Correa la responsabilidad por los delitos investigados. Y concluye la argumentación de la siguiente manera:

"Es entendido que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, acogió sin reparos este auto interlocutorio del señor juez de instancia, sin subsanar la nulidad constitucional que se presenta. Por lo mismo, es obvio que la sentencia recurrida ha sido dictada quebrantando gravemente el Art. 26 de la Constitución Nacional, porque se han pretermitido los derechos de defensa del sindicado, y, en consecuencia, debe prosperar este primer cargo hecho a la sentencia recurrida, por quebrantamiento de las garantías constitucionales consagradas en el Art. 26 de la Carta".

Causal primera

"Aduzco la causal de casación prevista en el Art. 580, numeral 1º del C. de P. Penal —dice el actor—, afirmando que 'por errada interpretación o apreciación de los hechos', en la sentencia que impugno, 'se les ha atribuido un valor probatorio que no tienen'; 'Se les ha negado el que sí tienen'; y 'no se les ha tomado en cuenta, no obstante estar acreditadas en el proceso' circunstancias todas ellas 'que han influido en la determinación de la sanción'. Como con-

secuencia de lo anterior, y en base a la misma causal, expreso que la sentencia acusada, es violatoria de la ley penal 'por interpretación errónea' y por 'indebida aplicación de la misma'.

Para sustentar este aspecto de la acusación el impugnante formula en seguida una serie de apreciaciones críticas a los diferentes elementos de convicción en que se apoya la sentencia recurrida, haciendo especial referencia a la prueba grafológica, al testimonio de la señorita Rubiela Ramírez y a la confesión del procesado, argumentando que el sentenciador les asignó un valor probatorio que no tienen, negándoles el que en realidad entrañan. Esto condujo a "una indebida aplicación de la ley penal".

Fundado en tales premisas, el demandante solicita que se invalide la sentencia acusada, declarándose en qué estado queda el proceso, si prospera la causal cuarta; o dictándose la que deba reemplazarla, si se hallare justificada la primera.

Concepto del Ministerio Público

No comparte el criterio del actor la Procuraduría Primera Delegada. Por ello, tras exponer las razones pertinentes, pide a la Corte que deseche el recurso extraordinario interpuesto y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Para refutar la impugnación formulada dentro de la esfera de la causal cuarta, el colaborador transcribe apartes fundamentales del fallo de 27 de febrero de 1970 (Casación de Juan Gallego Carvajal y otros) en torno a los temas que suscita el complejo institucional de garantías procesales que el artículo 26 de la Constitución reúne y compendia. Y concluye luego:

"El señor demandante dejó huérfano el cargo hecho a la sentencia recurrida pues no precisó cuál o cuáles de las cuatro garantías integrantes de la norma constitucional fue o fueron desconocidas en el juzgamiento del recurrente, y, como lo precisa la H. Corte, ella no tiene competencia para llenar los vacíos del libelo acusatorio, pues que sólo puede examinar aquello que concretamente es planteado, trasunto fiel del rigorismo y técnica que disciplinan el recurso extraordinario de casación.

"Sólo hace referencia el señor demandante a que se pretermitieron los derechos de defensa del sindicado, mas éste simple enunciado es inaceptable porque, justamente, el complejo doctrinario del Art. 26, converge hacia ese derecho, mas se repite, se debe precisar cuál de las garantías que lo integran fue la quebrantada por el sentenciador de segundo grado, imposibilitándose el estudio cuando así no se ha procedido en la acusación al fallo".

Consecuentemente, pide que se rechace el cargo.

En cuanto a la causal primera, el Procurador sintetiza en primer término la doctrina tantas veces reiterada sobre el particular, estableciendo un acusado contraste entre tales enseñanzas y el contenido de la acusación, presupuestos que le sirven de apoyo para concluir:

"El señor demandante no especifica en qué forma fue violada la ley sustancial penal, si de manera directa, o indirecta. Y es más confusa la situación por cuanto afirma que hubo interpretación errónea o indebida aplicación de la misma, premisas éstas que son excluyentes, toda vez que, como ya se explicó, ambas hipótesis tienen sentido diverso, siendo imposible que ellas sean operantes frente al mismo caso. Si hubo interpretación errónea, fue porque se aplicó el precepto legal pertinente, mas se le dio alcance e interpretación diferentes, mientras que al sostenerse indebida aplicación, fue porque se aplicó norma distinta a la precisada por el Estatuto penal para resolver la cuestión jurídica procesal. Además, olvidó el actor, si fue la primera hipótesis la operante, demostrar cuál debió haber sido la interpretación legal de la norma, y en qué consistió el error interpretativo del adquem. Y de ser la segunda, la proposición jurídica quedó incompleta pues tampoco se demostró cuál norma fue indebidamente aplicada y cuál la que debió haber sido la precisa para subsumir en ella la conducta delictiva imputada al recurrente".

La Corte considera

1. De folios 1 a 4 del informativo (Tomo II del cuaderno principal) puede leerse el dictamen grafológico rendido en el proceso por los expertos del Departamento Adminis-

trativo de Seguridad, Seccional Quindío, dictamen que el Juez Tercero Superior de Armenia puso en conocimiento de las partes, "para que presenten las objeciones que estimen de rigor legal" (Fl. 5).

2. Tanto el sindicado como su apoderado solicitaron en sendos memoriales ampliación del susodicho dictamen, y el juez la decretó en providencia del 31 de mayo de 1971 (Fl. 11). La referida ampliación, en efecto, obra al folio 13.

3. Por auto del 8 de junio se declaró clausurada la investigación y se dispuso que el informativo quedara a disposición de las partes por cinco días para que presentasen sus alegatos. (Fl. 14). De tal derecho hizo uso en tiempo hábil el nuevo apoderado de Londoño Correa, doctor Sergio Mejía Jaramillo, quien presentó el alegato visible de folios 20 a 24, el cual concluye demandando del juez un "estudio detenido de este proceso", relacionando los elementos probatorios entre sí, pues considera que de tal estudio "se impone, al menos, la conclusión de que al señor Jairo Londoño se le debe sobreseer en forma temporal".

4. Como atrás hubo de anotarse, de folios 36 a 72 aparece el auto de proceder, que el superior confirmó mediante providencia del 25 de septiembre de 1971, pero eliminando del pliego de cargos el relativo a la "falsificación de sellos y otros efectos oficiales". (Fls. 96 a 123).

5. Ejecutoriado el auto de proceder, se abrió el juicio a pruebas por el término de tres días para los fines previstos por el artículo 500 del C. de P. P. (Fl. 123). Dentro del término legal el procesado y su defensor, doctor Jaime Peralta Figueroa, solicitaron las que estimaron pertinentes. El juez de la causa, en razonada providencia del 19 de octubre de 1971, dispuso que se trajeran a los autos las que estimó conducentes, denegando las que, en concepto, no lo eran. Y ordenó de su propio motivo, otras que juzgó necesarias. En desarrollo de tal resolución, se incorporó a los autos una abundante prueba testimonial y se oyó nuevamente, en ampliación de indagatoria, a Londoño Correa. (Fls. 137 a 157).

6. En extensa disertación realizada en la Audiencia Pública, el defensor del procesado sostuvo la inocencia de su defendido. Como tesis subsidiaria propuso la aplicabilidad de la norma contenida en el artículo 216 del C. de P. P., conforme a la cual "toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla. "Además, el defensor presentó en tal oportunidad el largo y circunstanciado alegato comprendido entre los folios 175 y 192 del cuaderno principal.

7. El anterior esquema del desarrollo procesal demuestra a plenitud que en ningún momento se le conculcó o desconoció al procesado Londoño Correa el derecho de defensa, y que, en consecuencia, no es exacto que el sentenciador hubiera infringido el artículo 26 de la Constitución Nacional.

No prospera, por tanto, la causal cuarta estudiada.

8. En cuanto a la causal primera basta observar, para desestimarla, que el actor no cita la norma o normas sustanciales que considera violadas por el fallo recurrido. Tampoco se ocupa, desde luego, de precisar si la presunta violación de tales normas ocurrió de manera directa, es decir, no proveniente de yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o de modo indirecto, por haber incurrido la sentencia acusada en alguna de estas dos clases de error. Ostensibles deficiencias no subsanables por la Corte cuando actúa como tribunal de casación y que le impiden, por ausencia de los presupuestos mínimos, penetrar al fondo del asunto. Sería, en otros términos, entrar a un campo conjetural que en manera alguna armoniza con el rigor científico que el recurso extraordinario de casación demanda, convirtiéndolo, como tantas veces se ha dicho, en una tercera instancia.

En suma, la causal primera invocada carece de toda justificación.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Pro-

curaduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Armenia, a que expresamente se refiere la parte motiva del presente fallo.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



COLISION DE COMPETENCIAS

La competencia señalada por los Decretos 1989 de 1971 y 1315 de 1972 comprende tanto las infracciones dolosas como las culposas, pues en tales estatutos no se hace distinción sobre el particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, octubre dos de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver la colisión positiva de competencias surgida entre el Comando de la Cuarta Brigada del Ejército, con sede en Medellín, y el Juzgado 5º Penal Municipal de la misma ciudad, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra el particular, señor **Efraín Jiménez Patiño**, acusado de lesiones personales ocurridas en accidente de tránsito, de las que fue víctima el soldado **Eduardo Osorio Muñoz**.

De acuerdo con el informativo, se tiene que el día veintiuno de mayo último resultó lesionado el nombrado **Luis Eduardo Osorio Muñoz**, soldado del Batallón de Infantería Nº 11 "Ayacucho", al ocurrir una colisión entre el vehículo "Land Rover", que manejaba el particular **Efraín Jiménez Patiño**, y el automóvil que conducía el citado **Osorio Muñoz**, cuando prestaba precisamente el servicio de chofer que le estaba encomendado.

La investigación adelantada imputa al particular **Jiménez Patiño** el delito de lesiones culposas, las que, en concepto del Juez Penal Ordinario, están excluídas del fuero penal castrense que reclama, para el acusado, la justicia penal militar.

Pues bien:

Se tienen, en el presente caso, las condiciones de que tratan los Decretos 1989 de 1971 y 1315 de 1972, pues se trata del delito de lesiones personales de que ha sido víctima un miembro de las fuerzas militares, ocurrido cuando éste se encontraba en cumplimiento de sus funciones. Y, como observa el Comando de la Cuarta Brigada del Ejército, los referidos decretos, al fijar la competencia de la jurisdicción penal castrense para los delitos que allí se mencionan, no hace distinción ninguna en cuanto a la manera dolosa o culposa como se cometan, lo cual lleva a que no sea dable al intérprete hacer exclusión de los delitos culposos.

En consecuencia, la competencia, en este asunto, le corresponde a la justicia penal militar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias de que se hizo mérito, en el sentido de DECLARAR que el conocimiento de este negocio le corresponde a la jurisdicción penal militar, siendo el caso de enviar el expediente al Comando de la Cuarta Brigada del Ejército, con sede en Medellín.

Remítase copia de este proveído al Juzgado 5º Penal Municipal de la misma ciudad.

Cópiese y notifíquese.

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

Evencio Posada, Secretario.

JUZGAMIENTO A LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

Corresponde a la Justicia Penal Militar el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, cuando el hecho delictuoso ha sido realizado con ocasión del servicio o por causa del mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dos de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se halla acusada la sentencia del veintiocho de agosto de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, reformando la de primer grado, condenó a **Lácides Julio Cantillo**, como responsable de la muerte de Eduardo Sandoval Ramírez, a la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio, más las accesorias de rigor legal, y al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción.

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) "El doce (12) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969) —expresa la sentencia recurrida al compendiar los hechos debatidos en el juicio— pasadas las veintidós horas (10:00 p. m.), avisaron en el hogar del señor Cristóbal Sandoval Porras que al hijo de éste, Carlos Clemente Sandoval Ramírez, lo habían herido en el sector de la calle 47, carrera 13 de esta ciudad, frente al establecimiento de cantina denominado La Ceibita. Padre y hermanos del herido llegaron pronto al lugar, a enterarse de los acontecimientos, oyendo que algunos señalaban a alguien que se retiraba del lugar, por lo que creyeron que se trataba del heridor. Al correr los Sandoval para cruzar la carretera (calle 47), se oyeran dos disparos, cayendo abatido el señor Eduardo Sandoval Ramírez, con proyectil de arma de fuego de pequeño calibre. Mientras Saúl y Angel, hermanos del herido, lo atendían, Cristóbal Sandoval, el padre persiguió al heridor hasta alcanzarlo junto al carro patrulla 605 y lo tomó por el cuello a tiempo que decía: 'Agente, éste fue el que mató a mi hijo'. Se identificó al sujeto señalado como Lácides Julio Cantillo, Agente de la Policía Nacional, que llegó al lugar de los hechos formando parte de una patrulla motorizada adscrita al Resguardo de Rentas del Departamento del Atlántico, y supuestamente para prestar ayuda al carro-patrulla que atendía el caso de riña que se había suscitado en el establecimiento mencionado.

"Eduardo Sandoval Ramírez llegó sin vida al Hospital General de la ciudad, conducido por sus hermanos, lugar donde practicó el levantamiento del cadáver el Inspector de Policía Municipal de la Permanencia Sur (Fls. 11 y 12, Cd. 5).

b) El mencionado Inspector llevó a término las diligencias iniciales y envió el asunto a los Jueces Superiores, habiendo correspondido, previo reparto, al primero de tal categoría, funcionario que adelantó la etapa investigativa hasta clausurarla mediante auto del 10 de julio de 1969 (Fl. 91, Cd. 1º).

c) El Juez del conocimiento calificó el mérito del sumario por medio de providencia del 21 de octubre del año citado, abriendo causa criminal, con intervención del jurado de conciencia, contra Lácides Julio Cantillo, "...para que responda ante la so-

ciedad y la justicia, del cargo que se le formula de ser autor de un delito de homicidio, definido y sancionado en el Título XV, Capítulo I, Libro II del C. Penal...", providencia que, apelada por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Barranquilla confirmó en la suya del 28 de abril de 1970 (Fls. 7 a 12 v., Cd. 4).

d) Rituado el juicio, con oportunidad de la Audencia Pública el Juez de la causa sometió a la consideración del Tribunal popular el siguiente cuestionario:

"El acusado, **Lácides Julio Cantillo**, de particularidades civiles conocidas de autos, es responsable de haberle causado la muerte, con el propósito de matar, al joven Eduardo Sandoval Ramírez, mediante la herida que le ocasionó con arma de fuego de pequeño calibre y que describen los médicos legistas en su concepto pericial sobre la autopsia practicada a su cadáver, visible a folio 28 del cuaderno principal de este expediente; hecho que tuvo ocurrencia como a las 22:15 horas del día 12 de abril de 1969, en la carrera 13 cerca de la calle 47, plano urbano de esta ciudad todo de conformidad con el auto de proceder?"

"Sí es responsable", respondieron, por unanimidad, los miembros del jurado (Fls. 29, Cd. 4).

e) Acogiendo el veredicto, el juzgador de primer grado condenó a Lácides Julio Cantillo, mediante sentencia del 15 de abril de 1971, a la pena principal de nueve (9) años de presidio, "en su condición de autor penalmente responsable de la muerte violenta del joven Eduardo Sandoval Ramírez", fallo que el Superior confirmó, con la modificación oportunamente indicada, en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación. (Fls. 41 a 55, Cd. 4; 11 a 22, Cd. 5).

La demanda

Sostiene el actor, invocando la causal cuarta de casación, que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad. (Artículo 580, ordinal 4º, del C. de P. P.). Y en desarrollo de la casación expresa:

"El procesado Lácides Julio Cantillo en el momento en que se cometió el ilícito que se le imputa, era miembro de la Policía Nacional, en su calidad de Agente, según el acta de posesión expedida el veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), expedida por la 'ayudantía' de la Escuela Antonio Nariño del Departamento de Policía del Atlántico, la cual aparece al folio Nº 36 del cuaderno Nº 1 de primera instancia. Según el acta en comentario, Lácides Julio Cantillo tomó posesión del cargo de Agente de Policía Nacional el trece (13) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964). A partir del primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1969) mediante resolución distinguida con el número dos mil doscientos ochenta y seis (2.286), el Director General de la Policía Nacional, suspendió al Agente Lácides Julio Cantillo de sus funciones y atribuciones, lo que indica que en el momento en que se verificó el reato, doce (12) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), Lácides Julio Cantillo era Agente de la Policía Nacional. (Folio 66, cuaderno citado).

"Según se desprende de los informes rendidos por los comandantes de la radiopatrulla distinguida con el número seiscientos cinco (605) y del jeep Nº K-12, dragoneante Rafael Maury y Sargento viceprimero Marceliano Reyes M., los cuales aparecen a los folios 9 y 11 del cuaderno número uno (1), en el momento en que se cometió el delito, el Agente Lácides Julio Cantillo se encontraba en servicio, patrullando en el jeep Nº K-12, junto con los Agentes del Resguardo de Rentas Robinsson Orozco C., Néstor Medina Feo y Campo Julio. Tanto el Agente inculpado como sus compañeros acudieron a prestarle auxilio a los agentes que se encontraban en la radiopatrulla distinguida con el número seiscientos cinco (605), lugar en donde se desarrollaba una riña 'Bar La Ceibita', y el homicidio investigado se perpetró precisamente alrededor de ese lugar o sea en la carrera trece (13) con calle cuarenta y siete (47), lo que significa que el delito imputado al Agente Lácides Julio Cantillo, se cometió con ocasión del servicio que prestaba en su calidad de Agente de la Policía Nacional".

En tales circunstancias, concluye el demandante, el Agente Cantillo debió ser juzgado conforme a las normas del Código de Justicia Penal Militar, según el artículo 11

del Decreto 1667 del 30 de julio de 1966. Al no cumplirse el mandato legal que establecía el fuero para su juzgamiento, se incurrió en la causal de nulidad prevista por el artículo 210 del C. de P. P. en su ordinal 1º: "La incompetencia del juez".

Finaliza el actor solicitándole a la Corte que proceda de acuerdo con lo estatuído por el artículo 583 ibídem.

Concepto del Ministerio Público

Considera la Procuraduría Primera Delegada que el cargo formulado a la sentencia recurrida no está legal y completamente demostrado, razón por la cual no debe prosperar. A tal conclusión antepone los siguientes argumentos:

"El Art. 11 del Decreto 1667 de junio 30 de 1966, orgánico de la Policía Nacional, posteriormente adoptado por la Ley 48 de 1967 ordena que "el personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometa un delito será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen". Se sigue de ahí, como ya lo ha enseñalo la H. Sala de Casación Penal de la Corte que para que sea operante la norma transcrita tienen que estar reunidos tres presupuestos esenciales en la persona del procesado, y que son:

"a) Ser miembro de la Policía Nacional;

"b) Estar en servicio activo;

"c) Que el delito porque se le juzga sea consecuencia o esté dentro de una de las hipótesis reseñadas en dicha norma, vale decir, que se haya realizado con ocasión del servicio, o por causa de él, o en funciones inherentes al cargo. Faltando uno cualquiera de estos tres requisitos el sujeto activo del delito juzgado no puede invocar en su favor, ni tampoco concedérsele, el fuero, y por lo tanto tiene que ser sometido a la justicia penal ordinaria.

"Frente al caso sub examine se precisa: está demostrado que el sujeto Lácides Julio Cantillo pertenecía al cuerpo de la Policía Nacional, lo que se acreditó con la resolución de nombramiento y copia de su posesión. En cambio no se demostró en forma legal, pues no se trajo al expediente el elemento de certeza indicado, que este sujeto se encontraba al momento de los hechos en servicio activo, ni menos que desarrollaba funciones inherentes a su cargo, ordenadas por disposición de sus superiores, dentro del cuerpo de guardias de Aduana. Solo se aprecia en el proceso como indicativo de ello el dicho del mismo sindicado en su indagatoria y lo afirmado por los guardias de la Aduana de Barranquilla, a quienes él acompañaba en esa noche, dizque en patrullaje preventivo del contrabando.

"En concepto de esta Procuraduría Delegada estas afirmaciones no son suficientes, ni pueden tenerse como factor de convicción idónea y legal para aceptar lo que aseveran, pues que se debió demostrar —y ésta es una de las fallas de la investigación aludidas anteriormente— con copia de resolución o de la orden del día del Comando de la Policía de Barranquilla, o de quien fuera competente dentro de la organización de ese cuerpo, que el agente Cantillo había sido enviado en comisión para colaborar con los guardias de la Aduana de Barranquilla, caso en el cual podrían estar reunidos los tres presupuestos o requisitos fundamentales para ser juzgado por la Justicia Penal Militar, y no por la ordinaria, como se hizo".

La Corte considera

1. Como lo recuerda el Procurador, el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, vigente al tiempo en que ocurrieron los hechos materia del proceso, preceptuaba que el personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometiera un delito, sería juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen, norma ésta que el Decreto 2347 de 1971 (diciembre 3), derogatorio del anterior estatuto, reprodujo en su artículo 8º, aunque restringiendo el fuero allí consagrado al juzgamiento de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que cometan delitos dentro de las mismas hipótesis previstas en el citado artículo 11.

2. Es incuestionable que el procesado Lácides Julio Cantillo pertenecía al Cuerpo

de la Policía Nacional en calidad de Agente al momento de cometer el delito por el cual le ha juzgado la jurisdicción ordinaria (noche del 12 de abril de 1969), puesto que habiendo sido nombrado para tal cargo mediante Resolución Nº 00375 de 5 de febrero de 1964, emanada del Director General de la referida Institución, sólo vino a ser suspendido "en sus funciones y atribuciones", a partir del 1º de mayo de 1969 (Fl. 66).

3. Con respecto a la calidad en que actuó el procesado Cantillo la noche de autos y las funciones que desarrollaba en el momento de los hechos existen en el informativo, entre otros, los siguientes elementos de juicio:

a) Informe rendido por el Agente Lácides Julio Cantillo el mismo 12 de abril de 1969 al Capitán Comandante del Resguardo de Rentas Departamentales del Atlántico, en el cual, al presentar una versión personal de los hechos, le informa que se "encontraba de patrulla en el jeep K-12 del Resguardo de Renta Departamental", en compañía del Sargento Viceprimero Reyes Morantes Marceliano y de los guardas Campo Oleani Julio, Cárdenas Orozco y Medina Héctor. (Fl. 8).

b) Informe de fecha 12 de abril de 1969, rendido por el dragoneante Rafael Maury C. al Coronel Comandante del Departamento de Policía Atlántico, sobre los hechos en que resultó muerto el joven Eduardo Sandoval Ramírez, informe en el cual afirma que Lácides Julio Cantillo se hallaba "de servicio en el Resguardo Departamental" y que "portaba una carabina de dotación oficial". (Fl. 9).

c) Informe del Sargento Viceprimero Marceliano Reyes Morantes al Comandante del Departamento de Policía Atlántico, cuyo primer párrafo expresa textualmente: "... en el día de hoy encontrándose de servicio de Patrulla en la ciudad, en el jeep K-12 del Resguardo de Rentas del Departamento, conducido por el guarda **Campo Julio** y como tripulantes los guardas **Orozco Cárdenas Robinsson, Medina Feo Héctor** y el Agente **Julio Cantillo Lácides**, al llegar a la altura de la calle 47 con la carrera 13, como a eso de las 22:30 horas poco más o menos, en el Bar denominado 'La Ceibita', se encontraba en dicho lugar la Radio Patrulla Nº 605 al mando del Dgte. **Maury Cricien Rafael**, atendiendo un caso de riña y escándalo". Agrega que como notara que dentro del mencionado establecimiento había unos agentes luchando con civiles, le ordenó al conductor del jeep que detuviera la marcha "para si era el caso de darles protección..." Y relata enseguida:

"Cuando me dirigía al carro que estaba comandando, ví que de la carrera 14 hacia el lugar donde estábamos situados, venía una gran cantidad de gente entre ellas mujeres y niños persiguiendo al agente **Julio Cantillo Lácides** y al guarda **Medina Feo Héctor**, por lo que nos vimos en la necesidad de darles protección con el personal de la Policía. De esa multitud se dirigió un señor de bastante edad al Dgte. Maury, diciéndole 'ese tipo acaba de matar a mi hijo' señalando al Agente **Julio Cantillo Lácides**, quien inmediatamente lo metió al carro patrulla y lo condujo al Cuartel Central donde quedó en calidad de arrestado por orden del señor Oficial de Guarnición, Capitán **Prieto Lagos José**, para la investigación". (Fl. 11).

d) Oficio del 14 de abril de 1969 —dos días después de los hechos— en que el Capitán Octavio Vargas Silva, Oficial de Servicio del Departamento de Policía Atlántico, dice al Comandante del Distrito Central:

"Me permito enviar a ese Comando, los informes suscritos por el Sargento V/1º **Reyes Morantes Marceliano**, Dragoneante **Maury Cricien Rafael** y por el Agente **Cantillo Lácides Julio**, en relación con la muerte del sujeto **Eduardo Sandoval**, hecho sucedido el día 12 de los corrientes en la calle 47 con la carrera 13, de esta ciudad, conceptuando se envíen al Juzgado Penal Militar, con el fin de que ese Despacho inicie la correspondiente investigación para establecer la responsabilidad. El citado Agente **Cantillo Lácides Julio** se encuentra arrestado dentro del Cuartel".

4. Debe recordarse que el servicio de vigilancia urbana y rural constituye la base de las funciones de la Policía Nacional, y que el personal de ésta, cualquiera que sea su especialidad, tiene la obligación de intervenir frente a los casos de policía de que tenga conocimiento. Los elementos de juicio atrás reseñados demuestran suficientemente, a juicio de la Sala, que el Agente de

Policía Lácides Julio Cantillo se hallaba la noche del 12 de abril de 1969 en una labor de patrullaje urbano —típica tarea policiva— cuando intervino en el "caso de riña y escándalo" a que se refiere el proceso, con los resultados conocidos. En tales circunstancias, es evidente que debió juzgársele por la jurisdicción castrense, conforme a las disposiciones legales varias veces citadas. Por tanto, al realizarse su juzgamiento por la justicia ordinaria, es claro que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia del juez. (Artículo 210, Ord. 1º, del C. de P. P.). Por lo demás, importa recordar que conforme al precepto contenido en el artículo 336 ibídem, "Los elementos constitutivos de la infracción, cualquiera que ésta sea, podrán demostrarse con los medios ordinarios de prueba".

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia acusada, de fecha y origen indicados en la parte motiva, y, en su lugar, DECLARA LA NULIDAD de lo actuado en este proceso a partir del auto que declaró clausurada la investigación inclusive (Fl. 91, cuaderno 1º), y ORDENA devolver el proceso al Tribunal Superior de Barranquilla para que lo envíe a las autoridades competentes, por conducto del Juzgado que conoció de la primera instancia.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS

El recurso de revisión implica, por su naturaleza, un debate de orden probatorio tendiente a quebrantar la firmeza de la cosa juzgada; mientras que el de casación constituye esencialmente un razonamiento de orden jurídico, en el que la controversia se refiere a la legalidad del fallo impugnado. — Requisitos para su viabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Mediante sentencia del veintisiete (27) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969) el Juzgado Segundo Superior de Neiva condenó a **Isidro Lasso Plazas** a la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio, más las accesorias de rigor legal, al pago, en concreto, de los perjuicios causados con la infracción, y a satisfacer multa de ($ 300.00) al Tesoro Nacional, todo como responsable del delito de lesiones personales en Jesús María Quintero, sentencia que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en fallo del diecisiete (17) de septiembre del mismo año, con la reforma de reducir a treinta mil pesos ($ 30.000.00) el monto de los perjuicios.

Respecto del juicio que culminó con las referidas sentencias propuso el recurso extraordinario de revisión, por medio de apoderado especial, el sentenciado Lasso Plazas. Y agotado como se halla el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) Los hechos que determinaron la formación del proceso han sido adecuadamente compendiados por el Procurador Primero Delegado en su alegato de conclusión:

"El día 21 de agosto de 1967, pasadas las seis de la tarde, cuando Jesús María Quintero se ocupaba de abrir un 'broche' o entrada en cerca del predio denominado 'Las Delicias', vereda de 'Almorzadero', en jurisdicción del Municipio de Teruel (Huila) con el objeto de introducir ganados que había sacado Isidro Lasso Plazas con quien mantenía controversia o discusión en relación con la posesión del predio y el derecho de apacentar ganados en el mismo, pues Quintero obraba como promitente comprador de derechos de uno de los comuneros en dicho terreno, se aproximó Isidro Lasso quien salió de habitación vecina armado y en compañía de algunos dependientes suyos y previas algunas palabras insultantes contra Quintero, disparó su arma contra éste y le produjo una herida que le ocasionó la pérdida de la visión del ojo izquierdo".

b) Iniciadas las primeras diligencias por la Alcaldía de Teruel, el Juzgado de la localidad dictó auto de detención preventiva contra Isidro Lasso Plazas, Amadeo Losada y Oliverio Castañeda. Perfeccionada la investigación, el Juzgado Segundo Superior de Neiva calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio, por homicidio imperfecto, a los reos mencionados, y sobreseyendo definitivamente en favor de las demás personas que en una u otra forma habían sido vinculadas al proceso. Apelada dicha providencia por la parte civil, fue con-

firmada por el Tribunal respectivo, con la modificación de no reconocer en favor de los procesados la modalidad atenuante prevista por el artículo 28 del Código Penal.

c) Con oportunidad de la Audiencia Pública el Jurado de conciencia emitió el siguiente veredicto, respecto de Lasso Plazas: "Sí es responsable, pero no de homicidio frustrado sino de lesiones personales". Y negó, de otro lado, la responsabilidad de los otros dos procesados. Fundándose en tal veredicto, los juzgadores de primera y segunda instancia profirieron las sentencias a que se refiere la parte inicial y motiva del presente fallo.

La demanda y su trámite

El recurso fue propuesto por medio de memorial en el cual se determina el juicio cuya revisión se demanda, las autoridades jurisdiccionales que lo decidieron, el delito que motivó la formación del proceso, la sanción impuesta y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud. Junto con el referido escrito, se acompañó la prueba de los hechos fundamentales.

Invoca el libelo las causales de revisión que el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal consagra en sus ordinales 3º y 5º. El primero de los motivos aducidos se pretende demostrar expresando que los testimonios de Rómulo Trujillo y Bárbara Cedeño, con significado trascendente en las sentencias condenatorias que definieron el proceso, "... tienen el carácter de falsos y carentes de verdad, porque los citados declarantes son enemigos declarados con el encausado Isidro Lasso Plazas, por razones de orden político, como así se demuestra con las declaraciones extrajuicio que me permito acompañar..." Y el segundo —causal 5ª— se sustenta diciendo que al reo "se le encausó por el delito de homicidio imperfecto como así aparece del auto calificatorio de fecha 2 de septiembre de 1968, y sin embargo, se le sentenció por el delito de lesiones personales, tal como se demuestra con el contenido de los fallos cuya revisión se pide". Concretando su pensamiento sobre el particular, agrega: "El hecho de haber sido sentenciado mi patrocinado por un delito diferente al que se calificó, constituye un yerro nunca visto en la historia de estos juzgados, y ello, por su naturaleza, configura un hecho nuevo no conocido en el proceso, por lo cual, se configura la causal del ordinal 5º del artículo 584 del C. de P. P."

A la demanda de revisión acompañó el actor, además del respectivo poder y de las copias de las sentencias de primero y segundo grados, las declaraciones extrajuicio de los señores Adolfo Coronado Plazas y Reynaldo Trujillo Montero, quienes depusieron sobre la antigua animadversión que Rómulo Trujillo y Bárbara Cedeño han profesado a Isidro Lasso Plazas.

Por cumplir la demanda con los requisitos legales, desde el punto de vista formal, se le imprimió el trámite señalado en los artículos 586 y 587 del Código de Procedimiento Penal. Dentro del término probatorio no se solicitaron pruebas, ni pidió el actor que se ratificaran las declaraciones de nudo hecho que acompañara a la demanda. Con oportunidad de los traslados previstos por la segunda de las disposiciones que acaban de citarse, el Ministerio Público, representado por el Procurador Primero, formuló el alegato que precede, cuyos conceptos fundamentales se transcribirán en el capítulo siguiente. El actor guardó silencio.

Alegato del Procurador

Previa referencia a los hechos y al decurso del proceso, al contenido de la demanda respecto de los requisitos de orden formal y a las causales de revisión invocadas, la Procuraduría expone las siguientes consideraciones:

"Como queda dicho, dos son las causales de revisión invocadas.

"En relación con la primera de ellas, la tercera, se apoya en el supuesto de que 'se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo', es decir, que se exige la comprobación plena o suficiente de la falsedad y que además, la prueba impugnada, sea esencial o fundamental respecto al fallo.

"El demandante, si bien alegó la falsedad de determinadas pruebas que considera esenciales en relación con el proceso, no presentó prueba alguna dentro del término probatorio, sin que puedan estimarse las declaraciones extrajuicio mencionadas, pues-

to que al no ser ratificadas dentro del trámite, no cumplieron requisitos esenciales de contradicción y publicidad y por tanto no fueron debidamente producidas (Art. 8, C. P. P., 229, C. P. C.).

"Así este hecho no puede considerarse demostrado y la revisión no puede prosperar con base en dicha causal.

"En cuanto al motivo 5º, el texto legal hace referencia a hechos nuevos o pruebas, no conocidas al tiempo de los debates y que demuestren o constituyan grave indicio de inocencia o irresponsabilidad del condenado.

"No tiene tal calidad la situación expuesta por el señor apoderado, por cuanto alega como hecho nuevo el error de los falladores que consiste en haber condenado por delito distinto al señalado en el auto de proceder, de acuerdo con el veredicto.

"Pero este error, tendría cabida dentro de las causales de casación contempladas por la norma procesal, mas no en las de revisión, ya que éstas son únicamente las previstas en el precepto correspondiente, sin que puedan alegarse motivos distintos, como corresponde a la naturaleza del recurso; en el presente caso, tal situación no lleva a demostrar la inocencia o irresponsabilidad del procesado, sino el posible error del fallador susceptible de enmendarse, como se dijo, a través del recurso de casación, pero que no tiene cabida dentro del de revisión, por los motivos expresados.

"Así con base en esta causal tampoco procede la revisión solicitada".

De acuerdo con el criterio expuesto, el colaborador solicita a la Sala que niegue el recurso y ordene devolver el proceso al juzgado correspondiente.

La Corte considera

1. Ha expresado esta Sala en repetidas oportunidades, al trazar el paralelo entre los denominados recursos extraordinarios de revisión y casación, que en último análisis, el primero implica un debate probatorio, en tanto que el segundo constituye esencialmente un razonamiento jurídico. Y ha recordado también que en aquél la materia sub-judice es el proceso mismo, mientras que en éste la controversia se refiere a la legalidad del fallo impugnado, de todo lo cual se desprende que la revisión, instituída para quebrantar la firmeza de la cosa juzgada, sea en rigor el recurso más exigente.

2. Respecto de la naturaleza de esta excepcional institución jurídica, sometida por la ley a precisas condiciones, dijo la Corte en providencia del 11 de septiembre de 1970, entre otras cosas, lo siguiente, reiterado luego en diversas sentencias:

"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.

"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 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".

3. En el presente caso —como lo ha observado con exactitud la Procuraduría— el actor no aportó elemento de juicio alguno durante el período probatorio, pues ni si-

quiera solicitó que fueran ratificadas las dos declaraciones extrajuicio que acompañara a la demanda. Tampoco, como se ha visto, formuló alegato de conclusión, abandonando así las pretensiones planteadas en la demanda. En tales condiciones, la Sala no puede suplir tan ostensibles deficiencias, ni tiene bases probatorias que le permitan estudiar el fondo de las causales propuestas.

Decisión

En mérito de las razones expuestas, 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, NIEGA la revisión del proceso a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Juzgado Segundo Superior de Neiva, dejando en la Corte copia del fallo. Insértese en la Gaceta Judicial.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD CONSTITUCIONAL

La falta de notificación de proveídos con significado trascendente en la secuela general del juzgamiento, acarrea nulidad constitucional por violación de las formas propias del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diecinueve de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto por el procesado Alvaro Bedoya Guzmán contra la sentencia del diez de diciembre de mil novecientos setenta, mediante la cual el Tribunal Superior Militar lo condenó a la pena principal de nueve (9) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, cometido en la persona del estudiante Luis Guillermo Valencia Ramírez.

Antecedentes

a) En torno a las 7 y 30 de la mañana del 15 de diciembre de 1969 el Agente de la Policía Nacional Alvaro Bedoya Guzmán prestaba servicio de vigilancia frente a la Registraduría del Estado Civil, en la ciudad de Cali, cuando apareció en bicicleta y transitando en contravía por la carrera 10 entre calles 8ª y 9ª, el estudiante Luis Guillermo Valencia Ramírez. Hízole detener la marcha por la infracción de tránsito el Agente Bedoya, quien a tiempo que lo amonestaba con palabras desobligantes, pretendió desinflarle las llantas. Como el muchacho se opusiera, recibió varios golpes a manos de Bedoya. Y al levantar Valencia Ramírez los brazos para protegerse, el Agente le hizo dos disparos de revólver, causándole la muerte.

b) Adelantadas las diligencias investigativas iniciales por el Juzgado Quince Penal Municipal de Cali, el asunto pasó luego al Comando del Departamento de Policía "Valle" —Juez de Primera Instancia— entidad que asumió el conocimiento del negocio mediante providencia del 19 de diciembre de 1969, en la cual, además, dispuso que se trajeran al proceso numerosos elementos de juicio.

c) El 24 del mismo mes fue detenido preventivamente el sindicado y posteriormente, previo concepto del Fiscal Militar, el Juez de Primera Instancia calificó el mérito del informativo en providencia del tres de junio de mil novecientos setenta, abriendo causa criminal contra Alvaro Bedoya Guzmán "para que por los trámites de un Consejo de Guerra Ordinario, se le juzgue por el delito de homicidio, agotado en la persona del menor Luis Guillermo Valencia Ramírez...", resolución que fue debidamente notificada al procesado y a su apoderado. (Fls. 196 a 210).

d) Sorteados los vocales y posesionado el defensor designado por Bedoya, se celebró la Audiencia, al concluir la cual el Consejo emitió un veredicto afirmativo de la responsabilidad respecto de los hechos debatidos en el juicio. Acatando la voluntad de los jueces de hecho, el Comando del Departamento de Policía "Valle" profirió la sentencia de 25 de agosto de 1970, en la que se impuso al acusado la pena principal de nueve (9) años de presidio, como responsable de la muerte de Valencia Ramírez, sentencia que, apelada por el defensor, fue plenamente confirmada por la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación. (Fl. 246 a 277).

Demanda y respuesta del Procurador

La acusación al fallo recurrido se formula con fundamento en las causales que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal contempla en sus ordinales 4º y 1º, en su orden. Su esencia, tal como la entiende la Sala, puede compendiarse así:

Causal cuarta

La sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, porque no se observó la plenitud de las formas propias del mismo quebrantándose el artículo 26 de la Constitución Nacional. En efecto —arguye el demandante— en la segunda instancia del proceso ni el reo ni su apoderado recibieron notificación personal del auto de 9 de noviembre de 1970 —visible al folio 267 vto.—, por medio del cual se dispuso que permaneciera el informativo en la Secretaría por el término de ejecutoria del referido auto, con el fin de que las partes pidiesen las pruebas que estimaran conducentes. También se pretermitió la notificación personal respecto de la providencia de 23 de noviembre del año citado, en que se ordenó fijar el asunto en lista por el término legal para que las partes alegaran de conclusión.

Si tales notificaciones personales se hubiesen producido —concluye el actor— el sentenciado o su personero hubieran ejercido el derecho de solicitar que se trajeran al proceso nuevos elementos de convicción, y el defensor habría tenido la oportunidad de alegar "la violación cometida por el Juez de Primera Instancia al condenar a mi defendido a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial siendo así que ya existía el artículo 12 de la Ley 19 de 1969, eliminadora de esta sanción accesoria consagrada por el artículo 58 del Código".

En apoyo del cargo cita apartes de determinada providencia de esta Sala, en la cual, ratificando conceptos anteriores sobre el particular, destaca la importancia que como acto procesal encierra la notificación, ya que mediante ella conocen las partes y los demás interesados las providencias judiciales y se precisa la fecha en que se inician los términos, dentro de los cuales se pueden interponer los recursos legales y ejercer los derechos propios de quienes intervienen en el proceso, tales como los de probar, contradecir, alegar, etc.

Finaliza este aspecto de la impugnación con la solicitud de que, en armonía con el artículo 583 del C. de P. P., se señale el estado en que debe quedar el proceso y se disponga que se envíe "al honorable Tribunal Militar para proceder en consecuencia".

No comparte el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Delegado para la Policía Nacional, el criterio expuesto por el actor. Así lo expresa en extensa réplica, cuyo aspecto fundamental está recogido en los siguientes conceptos:

"Respecto de la notificación personal que echa de menos el señor apoderado del recurrente, debe recordarse que el Código Penal Militar aplicable al caso que nos ocupa, en el parágrafo 1º del artículo 427, dice textualmente:

'Artículo 427 .....

'Parágrafo 1º El procesado detenido en el lugar donde se sigue el juicio será notificado personalmente'.

"Corolario del contenido de ese parágrafo es que el procesado que se encuentra detenido en lugar distinto de aquél donde se sigue el juicio, no será notificado personalmente. En otras palabras: el citado parágrafo contiene una excepción al principio general de que al procesado detenido se le deben notificar personalmente los autos interlocutorios y las sentencias.

"En el caso que nos ocupa no hubo informalidad u omisión en la aplicación del procedimiento previamente establecido para la segunda instancia de los juicios penales militares, toda vez que el procesado Alvaro Bedoya Guzmán mientras se tramitó la segunda instancia permaneció detenido en la ciudad de Cali y, de acuerdo con el contenido del parágrafo que ha quedado transcrito, no era forzoso notificarle personalmente el auto de 9 de noviembre de 1970, como lo pretende el demandante. No debe olvidarse que el supracitado artículo 427 del Código Penal Militar dispone que todo auto interlocutorio o sentencia se notificará personalmente a las partes 'y al representante legal o curador del sindicado', pero que si transcurridos dos días de la fecha del pronunciamiento no se hubieren notificado per-

sonalmente, 'el auto interlocutorio se notifica por Estado, y las sentencias por Edicto, en la forma establecida por el Código Judicial'."

Causal primera

Sostiene el demandante que la sentencia recurrida infringió el artículo 12 de la Ley 16 de 1969, porque condenó a Bedoya Guzmán a la pena accesoria de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial. "Esa ley era la norma de obligada aplicación pues sus disposiciones advinieron a la vida jurídica antes de proferirse la sentencia impugnada".

"El fallo es asimismo violatorio de la ley sustancial por infracción directa al haberse interpretado erróneamente el artículo 37 del Código de Justicia Penal Militar, al aumentar en un año la sanción, supuesto que de conformidad con el vocatorio a juicio y el veredicto únicamente se podía condenar a la pena de ocho (8) años de presidio".

Agrega el recurrente que no está demostrada en el proceso la circunstancia de mayor peligrosidad que el artículo 38 de la obra citada contempla en su ordinal 1º. Tampoco se señaló en el auto de proceder la circunstancia que el referido artículo 36 consagra en su ordinal 6º, vale decir, la de haber obrado por motivos innobles o fútiles.

"Es palmaria por ello —concluye el actar—, la violación del ordenamiento jurídico mencionado y del 36 del Código Penal". Y pide finalmente, de acuerdo con el artículo 583 del C. de P. P., que se invalide el fallo acusado y se dicte el que deba reemplazarlo.

Estima el Procurador que el demandante no demostró las tachas propuestas al amparo de la causal primera. Y, consecuente con tal concepto, solicita que no se invalide la sentencia recurrida. El aparte que a continuación se reproduce resume algunos de los argumentos aducidos por el representante del Ministerio Público para sustentar su criterio:

"En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que en favor del procesado Bedoya Guzmán se da la primera circunstancia de menor peligrosidad que contempla el artículo 37 del Código Penal Militar, no es menos cierto se dan igualmente las circunstancias primera, sexta y octava de mayor peligrosidad señaladas en el artículo 38 ibídem por lo cual es forzoso concluir que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del mismo Estatuto Penal Castrense, el H. Tribunal Superior actuó correctamente al confirmar la pena de nueve años que se le impuso a Bedoya Guzmán en la primera instancia. Al respecto, cabe observar que los jueces tienen poder discrecional para dosificar las penas y, en este caso, tres circunstancias de mayor peligrosidad frente a una de menor peligrosidad, dentro de una sana lógica forzosamente debían aumentar la pena por encima del mínimo que señala el artículo 194 del C. de J. P. M. Cabe observar que el aumento fue de un año por sobre el mínimo, o lo que es lo mismo, una sexta parte de la diferencia entre el mínimo y el máximo de la pena señalada en el artículo últimamente citado que define al homicidio simplemente voluntario".

La Corte considera

Causal cuarta

1. En numerosas oportunidades ha expresado la Corte que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo institucional de garantías, con características estructurales propias y cuyo desconocimiento produce consecuencias diferentes. Y analizando la norma, ha advertido en ella cuatro aspectos tutelares, a saber: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas propias de cada juicio, y d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado. Se trata de hipótesis distintas, pues no es lo mismo decidir fundándose 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. De todas estas maneras, reunidas doctrinariamente en el precepto pero perfectamente diferenciables, es posible ejercer el derecho de defensa.

2. Como se recordará, la acusación en el presente caso y con respecto a la causal cuarta consiste, reducida a sus voces esenciales, en que ni el reo ni su defensor recibieron notificación personal del auto de 9

de noviembre de 1970, visible al folio 267 vuelto, en el cual se ordenó que permaneciese el negocio en la Secretaría del Tribunal, por el término de ejecutoria de la referida providencia, con el fin de que las partes pidiesen las pruebas que estimaran conducentes. Esa omisión quebrantó el derecho de defensa del procesado, estructurándose así una nulidad supralegal.

3. Dispone el artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar, como lo recuerda el Procurador, que en la apelación o consulta de las sentencias, salvo en aquélla que ordena la cesación del procedimiento, una vez que se ha repartido el asunto el Magistrado sustanciador dictará, dentro del término máximo de tres días, "un auto para que las partes pidan y señalen las pruebas conducentes". Y agrega el precepto que para la práctica de las que se decreten habrá ocho días, contados a partir de la fecha del auto que las ordena.

4. Para cumplir con el mandato contenido en la primera parte de la norma citada el Magistrado sustanciador dictó, en efecto, el auto del 9 de noviembre de 1970, que ignoró el acusado, pues no se le notificó personalmente, a pesar de hallarse detenido en la ciudad de Cali. Se le notificó por estado, como consta al folio 268.

5. Recuerda el Procurador en su ilustrado concepto que conforme al parágrafo 1º del artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar "El procesado detenido en el lugar donde se sigue el juicio será notificado personalmente". De lo cual desprende el corolario de que no será notificado de manera personal el procesado que se halle cumpliendo detención en lugar distinto de aquél en que se adelanta el juicio. Como el procesado, Bedoya Guzmán, se encontraba recluído en Cali, podía omitirse la notificación personal del auto controvertido sin que de allí surja nulidad alguna.

6. Considera sin embargo esta Sala que la disposición transcrita indica la forma como deben notificarse los autos interlocutorios y las sentencias al reo que esté detenido en la sede del juicio, pero nada dispone respecto del procedimiento a seguir cuando tal detención se está cumpliendo en lugar diferente. En rigor, se está aquí en presencia de un vacío de la ley, hipótesis contemplada por el artículo 299 del C. de J. P. M.: "Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o en leyes especiales y en cuanto vengan a llenar vacíos, las disposiciones contenidas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil".

7. En manera alguna se oponen al estatuto castrense los preceptos contenidos en los artículos 180 y 183 del Código de Procedimiento Penal. El primero ordena en su inciso inicial: "Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al Ministerio Público se harán en forma personal". Y el segundo expresa: "Cuando el procesado no esté en el lugar del proceso, la notificación personal se hará por medio de juez comisionado a quien se librará despacho dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se haya dictado el auto o sentencia que deba notificarse".

8. No se procedió así, como se ha visto. Es preciso destacar aquí que no se trataba de una providencia sin especiales proyecciones dentro del trámite de segundo grado, sino de un proveído con significado trascendente en la secuela general del juzgamiento, puesto que de él dependía la oportunidad de solicitar la práctica de pruebas, con la sola limitación de que fueran conducentes. Al privarse al acusado de tal garantía, por inobservancia de las formas propias del juicio en tan grave materia, se le conculcó el derecho de defensa, infringiéndose el artículo 26 de la Carta.

9. Prospera, en consecuencia, la causal cuarta estudiada. Procede, por tanto, dar aplicación al artículo 583 —ordinal 3º— del Código de Procedimiento Penal. Conclusión ésta que, como es obvio, hace inoperante el examen de la causal primera.

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, INVALI-

DA el fallo acusado del Tribunal Superior Militar y, en su lugar, DECLARA LA NULIDAD de lo actuado en este proceso a partir de la notificación, inclusive, del auto de nueve (9) de noviembre de mil novecientos setenta (1970), visible al folio 267 vuelto, y DISPONE enviar el expediente al Despacho de origen para que proceda con arreglo a lo aquí resuelto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la **Gaceta Judicial.**

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Se incurre en la nulidad consagrada en el numeral 1º del Art. 210 del C. de P. P., cuando el pronunciamiento del Tribunal proveniente de una Sala de decisión, no es firmado por todos los magistrados que la componen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotada la tramitación del caso, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de cinco de mayo del corriente año, por la cual se impone al procesado Samuel Bonilla la pena principal de quince años de presidio, como responsable de homicidio cometido en la persona de Noé Monsalve Alvarez.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso

El Procurador 1º Delegado en lo Penal anota lo siguiente, en cuanto a lo ocurrido:

"El día dieciocho de abril de 1971 se encontraba Samuel Bonilla en compañía de varios amigos en una tienda o cantina de la población de Capitanejo y en el mismo lugar se encontraba también Noé Monsalve en compañía de varias personas; la policía se presentó al local y practicó una requisa de quienes allí se encontraban, la cual eludió el inválido Samuél Bonilla (—a— 'Tullido'), el cual salió del lugar y ocupó la 'zorra' o vehículo utilizado para transportarse; envió a un hijo suyo menor en compañía de otros niños a su casa a traerle el revólver, el cual recibió; Noé Monsalve salió de dicha tienda o cantina y penetró a la de Eugenio Díaz, y cuando se ocupaba de pagar una bebida que solicitara, penetró al local Samuel Bonilla, y previo insulto contra Noé Monsalve y mención de la muerte de su hermano a manos de éste, le disparó su arma varias veces, produciendo la muerte inmediata, después de lo cual fue capturado y decomisada el arma en poder de un menor, a quien la había entregado".

Perfeccionado el sumario, el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga llamó a juicio a Bonilla por homicidio cometido dentro de las circunstancias señaladas en el numeral 5º del artículo 363 del C. Penal, proveído que fue confirmado por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

Cumplida la audiencia pública y acogido en las instancias el veredicto del jurado, se impuso al recurrente la sanción de que se hizo ya referencia.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el demandante la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia impugnada, fue proferida en un juicio viciado de nulidad, conforme a los siguientes cargos:

1º Que al proceso se le dio un trámite no previsto en la ley, pues no se dio aplicación a las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal, no obstante que el sumario fue iniciado en abril de 1971 y la aplicación de ese estatuto "se fijó en virtud del artículo 800, a partir del 1º de enero de 1971, con excepción del Capítulo 4º, Título 5º, Libro III, que trata del juicio por contravenciones", yerro que, en sentir del actor, constituye infracción de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, nulidad de lo actuado.

2º Que el procesado "careció de un eficaz y oportuno derecho de defensa". Y anota el demandante como hechos constitutivos del desconocimiento de esta garantía constitucional el que se hubiera recibido declaración a su hijo menor de edad; a que en las instancias no se examinaron las tesis propuestas por el personero del acusado; que el cuestionario propuesto al jurado no se ajustó a lo que preceptúa el artículo 525 del Decreto 1345 de 1970; a que no se dio traslado para alegar de conclusión, ni la sentencia fue proferida dentro del término pertinente, y, en fin, en que se advierte "un claro y fatal ánimo preconstituido de aplicar..." al enjuiciado "las normas del homicidio agravado", según los términos empleados en los proveídos correspondientes.

3º Que la sentencia carece de la firma de uno de los magistrados que integran la Sala Penal de Decisión, lo que la invalida.

El Ministerio Público encuentra que los dos cargos no tienen demostración; y en cuanto al tercero, anota lo que pasa a transcribirse:

"De conformidad con el Decreto 1265 de 1970 'las Salas de los Tribunales Superiores ejercerán sus funciones jurisdiccionales en Salas de Decisión, que se integrarán en cada asunto por el Magistrado a quien le corresponde en repartimiento y por los dos que le sigan'. Se observa que en tal forma y por razón de la omisión anotada..." (falta de firma de uno de los magistrados) ... "no se cumplió esta forma prevista en la ley y así el acto aún sin declaración especial carece de validez, de conformidad con la norma procesal (Art. 214 del C. de P. P.). Y debe tenerse en cuenta o insistirse en que demuestra aún más claramente la invalidez de la providencia en mención, la circunstancia de que la función jurisdiccional la asigna la ley a la Sala de Decisión integrada en la forma expresada, razonamiento que guarda relación con el ya expuesto, y así, no puede tener efecto la dictada con el vicio o irregularidad anotada.

"Así, esta alegación debe prosperar en el concepto de este Despacho..." Corresponde... "invalidar la sentencia para que el Tribunal proceda a dictarla con observación de la forma omitida".

Considera la Corte

Es evidente, como lo expresa el Procurador 1º Delegado en lo Penal, que los dos primeros cargos que propone el actor a través de la causal cuarta de casación no han sido demostrados.

Al respecto, estima el demandante que no se siguió el procedimiento debido en el juzgamiento de **Samuel Bonilla** y que se desconoció su derecho de defensa.

Pues bien:

En cuanto a lo primero, como anota el Ministerio Público, cabe recordar que la vigencia del Decreto 1345 de 1970 fue aplazada por el Decreto 2460 del mismo año diciembre 15, hasta el 1º de julio de 1971, y luego, en razón de las facultades conferidas al Ejecutivo por las Leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, fue expedido el Decreto 409 de 1971, sin que el Decreto 1345 de 1970 tuviese vigencia alguna. Por tanto, no tiene razón el actor en el reparo que hace, pues el proceso siguió las normas que correspondía aplicar (Decreto 1358 de 1964). Y en relación con lo segundo, las observaciones del demandante (algunas sin respaldo alguno, como ese supuesto "ánimo preconstituido de aplicar al enjuiciado las normas del homicidio agravado") sobre desconocimiento del derecho de defensa de **Samuel Bonilla** no encuentran respaldo alguno, pues del proceso resulta que estuvo siempre asistido por un apoderado y en el juicio por su defensor, quien ampliamente intervino en la audiencia pública. Por tanto, no se desconocieron esas garantías procesales, que con otras dos, consagra el artículo 26 de la Carta.

En cambio sí resulta probado el tercer cargo, pues la ponencia para el fallo de segunda instancia, objeto del recurso de casación, únicamente está firmada por dos de los tres magistrados que componen la respectiva Sala Penal de Decisión.

Ahora bien:

Señala el Decreto 1265 de 1970, en su artículo séptimo, que "las Salas de los Tribunales Superiores ejercerán sus funciones jurisdiccionales en salas de decisión, que se integrarán en cada asunto por el magistrado a quien le corresponda en el repartimien-

to y por los dos que le sigan en orden alfabético de apellidos. Cuando el número de magistrados de aquéllas sea inferior a tres las decisiones se adoptarán en sala dual, que se formará, si ello fuere necesario, integrando las salas civil y laboral".

De consiguiente, la competencia del juzgador a-quo, en este asunto (numeral 1º del Art. 33 del C. de P. P.), ésto es, el ejercicio de su función jurisdiccional en el asunto sub-judice está asignada a tres magistrados.

Es obvio, entonces, que se incurrió en incompetencia de jurisdicción al ser suscrita la sentencia objeto del recurso sólo por dos de los magistrados que conforman la Sala Penal de Decisión y, en consecuencia, se tiene el motivo de nulidad previsto en el numeral 1º del Art. 210 del C. de P. P. ("la incompetencia del juez").

Cabe observar lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 8º del C. de Procedimiento Penal, "son aplicables al proceso penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre la organización judicial y procedimiento civil".

En ese Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), se encuentran las siguientes normas:

"Art. 303. Formalidades: Toda providencia se encabezará con la denominación del correspondiente juzgado o corporación, seguida del lugar y la fecha en que se pronuncie expresada en letras, y terminará con las firmas del juez o los magistrados y del secretario..."

"Art. 312. Irregularidades en la adopción de las providencias: Cuando el Tribunal que dicte la providencia advierta que no fue suscrita por el número de magistrados previsto en la ley, o que fue acordada con menor número de votos del requerido, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte ordenará subsanar la irregularidad".

Y la irregularidad anotada por el demandante sólo podía subsanarla el Tribunal Superior de Bucaramanga mientras mantuvo la competencia en este negocio, vale decir, hasta cuando quedó ejecutoriado el auto por el cual concedió el recurso de casación.

En este sentido cabe entender el precepto contenido en el citado artículo 312 del C. de Procedimiento Civil, pues darle el alcance de que dichas irregularidades puedan repararse hasta cuando quede ejecutoriado el proveído en el que se cometieron, lleva al imposible jurídico de que pueda actuar en un proceso el juez que ha perdido la competencia para conocer de él, si se trata de las situaciones en las que, por razón de la consulta o de los recursos de apelación o de casación, el superior ya ha adquirido la competencia para conocer del asunto.

Prospera, según lo dicho, la causal cuarta de casación y corresponde declarar en qué estado queda el proceso, a fin de que el juzgador a-quo reponga lo actuado, a partir de la sentencia de segunda instancia, inclusive.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, DECLARA nulo lo actuado en este proceso, a partir de la sentencia objeto del recurso de casación, inclusive y DISPONE devolver el expediente a la Oficina de origen para que reponga lo actuado.

Cópiese y notifíquese.

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

Evencio Posada, Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Cuando el jurado dice: "Sí es responsable de las lesiones pero sin ánimo de matar", está haciendo referencia al homicidio preterintencional. En esta infracción penal, desde el ámbito subjetivo se tienen lesiones personales, pero en el campo objetivo (en el resultado) se tiene homicidio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 27 de abril último, por la cual le fue impuesta al procesado León Fernando Madrid Arango la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de John Jairo Cadavid Hernández.

Conoció en primera instancia el Juzgado 11 Superior de la misma ciudad.

Hechos

Según lo anotado por el juzgador de segunda instancia, ellos fueron los siguientes:

"Tuvieron ocurrencia en el barrio 'Las Palmas' —cerca al cruce de la calle 42-A con calle 40—, de la nomenclatura urbana de esta ciudad, aproximadamente entre las doce y la una de la mañana del 26 de abril del corriente año (1971). Quince minutos antes de la hora mencionada hizo su aparición León Fernando Madrid Arango, mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, al establecimiento comercial —tienda mixta—, de propiedad del señor Ovidio López, conocido aquel establecimiento con el nombre de 'El Terraplén'. Madrid Arango compró un cuarto de salchichón, lo tomó junto con el cuchillo con que lo partieron, y después de dejar un billete de veinte pesos al administrador de la tienda, salió al exterior de ésta, en donde se encontraban John Jairo Cadavid Hernández, Rafael Muñoz Toro, Omar Medina y otro número de jóvenes. Allí permaneció algún rato el sindicado Madrid departiendo con el grupo referido, hasta cuando cerraron el establecimiento. Poco después pasó un radiopatrulla de la policía con unidades de dicho cuerpo, se detuvieron frente al grupo de jóvenes y los requisaron. A ninguno le encontraron arma, incluso a Madrid que tenía el cuchillo con que partían en la tienda el salchichón, pues en el momento de la requisa lo dejó en el suelo y los agentes no advirtieron tal ocurrencia. A continuación, previo requerimiento por parte de los agentes, los muchachos se fueron retirando a sus respectivas casas. Rafael Muñoz, uno de los principales testigos en este evento, se dirigió a su casa que queda a pocos metros de 'El Terraplén'; John Jairo Cadavid, el occiso, se dirigió a la suya. Madrid cogió la misma dirección de Rafael, pero poco después se devolvió y tomó la que llevaba Cadavid. A poco después se oyó hablar a Madrid, luego se sintieron algunas carreras. Lo cierto fue, en síntesis, que Madrid alcanzó a Cadavid, lo agredió con arma corto-punzante, y a consecuencia de las lesiones falleció".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Propone el demandante la causal segunda de casación, pues estima que la senten-

cia acusada está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Luego de recordar que el Tribunal popular expresó, al responder el cuestionario, que el acusado "sí es responsable de lesiones pero sin intención de matar", estima que el Tribunal Superior de Medellín, al acoger el razonamiento del juzgador de primera instancia, incurrió en el error de acomodar el veredicto a un homicidio preterintencional (Art. 365 del C. P.), por los siguientes motivos que aduce el actor:

"Primero. No es lo mismo que el jurado haya contestado: 'Sí es responsable pero sin intención de matar' que lo que contesto: 'Sí es responsable de lesiones pero sin intención de matar'. Porque en el primer caso la tesis del Tribunal sería rigurosamente exacta: el jurado, sin descartar el delito de homicidio, niega la intencionalidad de éste y, por tanto, del tipo genérico (Art. 362) nos pasa a un tipo específico (Art. 365). Mas el jurado en el caso sub-examine descompuso en dos sus afirmaciones: una de responsabilidad y una de falta de intención en el resultado. O sea una responsabilidad por otro delito: lesiones.

"Y no puede darse una afirmación por dos delitos: un delito de lesiones y un delito de homicidio. Y si concretamente afirmó la falta de intención (y ahí sí se refirió a 'matar') debe entenderse en el resultado.

"Segundo: Quizá se desechó la oportunidad de declarar que el veredicto era contradictorio, o contraevidente, pero por no declararlo así y por confundirlo con uno de afirmación de responsabilidad homicida sin intención, se hizo definitivamente en el fallo acusado, una interpretación errada del veredicto, ya que se desconoció que el jurado afirmó una responsabilidad por lesiones, y se convirtió esa afirmación de responsabilidad por lesiones en algo material, igual al simple 'reconocimiento que hace el procesado de ser el autor material de las heridas que causó al occiso', vale decir, se interpretó el veredicto sin atender a la afirmación de responsabilidad por lesiones confundiéndolo con uno en que se afirmase la responsabilidad por homicidio y se agregase la falta de intención de matar.

"Tercero: Solidificado el veredicto por no haber hecho con él lo que convenía, la cuestión debatida ya no es la de si afirmar una responsabilidad por el delito de lesiones es un error manifiesto (contraevidencia), o si hacer ésto y agregar la falta de propósito de matar es una contradicción. No. Ya el problema es meramente técnico: si afirmado el delito de lesiones por el cual se llamó a juicio, cumple condenar por otro delito (el del enjuiciamiento —homicidio— aunque cambiado de tipo por una agregación).

"Así las cosas, la sentencia, de no estar en desacuerdo con el veredicto del jurado —como lo está— debió absolver por el homicidio y enviar lo relativo a las lesiones personales a otra competencia, pero jamás aplicar, violándolo, el artículo 365 del Código Penal.

"Es que el jurado, en el fondo, negó la responsabilidad del sindicado por el delito a que se contrae el cuestionario sometido a su consideración, y le impuso, en cambio, 'responsabilidad' por lesiones, descartando, aquí sí sólo en el resultado, la intención (véase fallo de esa Corte, de 8 de abril de 1972, publicado en el Nº 126 de Derecho Colombiano, junio de 1972).

"Debió, pues, absolverlo por el cargo formulado en el auto de proceder. Si no lo hizo, fue porque la sentencia está en desacuerdo con el verdadero veredicto del jurado.

"Y no podía condenar por lesiones, porque al absolver por la infracción materia del debate y por la cual se interrogó en los cuestionarios, si condenara a Madrid Arango por lesiones, lo condenaría por algo extraño al auto de proceder.

"Por cuyas razones mi petición se concreta en que se case el fallo acusado, se absuelva al sindicado por homicidio y se envíe al juez competente para lo relativo a las lesiones".

En su respuesta, el Ministerio Público pide que se deseche el recurso.

Dice el Procurador 2º Delegado en lo Penal que es equivocado el razonamiento del demandante, cuando entiende que la respuesta afirmativa de la responsabilidad por lesiones personales implica una absolución por el delito de homicidio. Empero, anota el Ministerio Público, "la proposición afirmativa del jure se ajustó a los términos 'lesionado', 'lesionamiento' con que

fue redactado el cuestionario y los antecedentes procesales de todo orden no dan margen para suponer que la respuesta así concebida conlleve la imputación de un delito de lesiones personales".

Agrega que, "en síntesis, el veredicto dado por los jueces de conciencia en respuesta al cuestionario controvertido en esta causa, contiene los elementos subjetivo y objetivo que dan tipicidad al delito de homicidio preterintencional de que se ocupa el Art. 365 del C. Penal, como lo entendieron y lo declararon los jueces de instancia, pues a la responsabilidad por las lesiones se negó el propósito homicida y se afirmó el nexo de causalidad entre la acción y el resultado".

Considera la Corte

Cabe tomar en cuenta el desarrollo del proceso, a saber:

Al sindicado Madrid Arango se le llamó a responder en juicio por homicidio intencional y el cuestionario propuesto al jurado se ciñó a ese cargo, pues fue concebido en los siguientes términos:

"Cuestión única: El acusado León Fernando Madrid Arango, de las condiciones civiles conocidas a través del proceso, es responsable, sí o no, de haber lesionado intencionalmente, con el propósito de matar, con arma corto-punzante (cuchillo), a John Jairo Cadavid Hernández, a consecuencia de tal lesionamiento dejó de existir éste, según hechos que tuvieron su cumplimiento así: las lesiones entre las doce y una de la mañana del día veintiséis de abril de 1971, en el barrio 'Las Palmas' de esta ciudad, cerca al cruce de la calle 42 con la carrera 40, y el deceso de la víctima cuando era conducido a la Clínica El Rosario en procura de auxilios médicos, lugar donde se practicó la diligencia de levantamiento del cadáver?"

La respuesta, ya anotada por el demandante, es la que pasa a transcribirse:

"Sí es responsable de las lesiones pero sin ánimo de matar".

En la audiencia pública, la defensa sostuvo que el acusado "obró en legítima defensa y que no tuvo la intención de matar". No fue planteada, siquiera en hipótesis, la posibilidad de que apenas fuese responsable de lesiones personales.

Y en cuanto al veredicto, anota el Juzgado 11 Superior de Medellín lo siguiente, acogido por el Tribunal Superior al revisar la sentencia:

"La primera parte de la respuesta contenida en el veredicto, armoniza con todas y cada una de las circunstancias expresadas en la pregunta, y la segunda, sin ánimo de matar, indica que el jurado en su libertad apreciativa, consideró que el hecho se había cometido en circunstancias diversas a las contenidas en el cuestionario, excluyendo categóricamente el propósito de matar. La respuesta es clara y su interpretación no ofrece intrincados problemas. El acusado ocasionó la muerte a John Jairo Cadavid Hernández con intención de lesionar simplemente y al estampar el vocablo 'sí' afirmó el jurado que los hechos sucedieron dentro de las circunstancias de lugar, tiempo y modo escritos en el auto de proceder y en el respectivo cuestionario. Es claro, pues, que el jurado quiso condenar al incriminado como autor de un homicidio preterintencional, si se tiene en cuenta que excluyó el propósito de matar".

Pues bien:

No encuentra la Corte desacuerdo de la sentencia recurrida con el veredicto del jurado.

En efecto:

1. Encontró el juzgador en las instancias que en la respuesta del jurado se tienen las condiciones que tipifican el caso de homicidio preterintencional, de que trata el artículo 365 del Código Penal en los siguientes términos:

"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".

Se sanciona en este precepto una conducta en la que el propósito delictuoso es superado por el resultado. El agente sólo tiene la intención de causar una lesión personal, ésto es, de ocasionar un daño en la salud de la víctima o en su integridad corporal. Pero el resultado es la muerte del ofendido.

En este caso, según anota Jesús Bernal Pinzón en su obra "El homicidio" (Edito-

rial "Temis", Bogotá, 1971, Pág. 422 y 423), la "responsabilidad se funda solamente en el nexo causal que debe existir entre las lesiones (resultado querido menos grave) y la muerte (resultado no querido más grave). Esto es lo que la doctrina denomina responsabilidad objetiva".

Es decir, que en esta infracción penal, desde el ámbito subjetivo se tiene lesiones personales, pero en el campo objetivo (en el resultado) se tiene homicidio.

2. Si el jurado respondió: "sí es responsable de las lesiones pero sin ánimo de matar", y si el cuestionario expresa: "el acusado... es o no responsable de haber lesionado intencionalmente, con el propósito de matar, con arma corto-punzante (cuchillo), a John Jairo Cadavid Hernández, a consecuencia de tal lesionamiento dejó de existir éste", es obvio que el alcance del veredicto no es otro que el de aceptar la responsabilidad del acusado en la muerte de Cadavid Hernández, como consecuencia de lesiones ocasionadas sin intención de matar.

Y en ésto consiste el homicidio preterintencional, según las voces ya transcritas del artículo 365 del Código Penal.

3. Es sabido que si el resultado es una lesión personal, pero ocasionada con la intención de matar, la conducta configura un homicidio imperfecto. Por ello se requiere que no exista el ánimo homicida en el delito de lesiones personales.

Pero de lo anterior no puede desprenderse que en el veredicto que se examina se tenga la afirmación de una responsabilidad en un simple caso de lesiones personales, pues en el cuestionario se plantea la responsabilidad de Madrid Arango en la muerte de Cadavid Hernández, no en un simple daño en su salud o en su integridad corporal.

Según lo observado, corresponde afirmar que el cargo no resulta demostrado, pues, como se dejó dicho, no se tiene desacuerdo alguno entre la sentencia impugnada y el veredicto del jurado.

No cabe, por tanto, casar el fallo del Tribunal Superior de Medellín de que se ha hecho mención.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Evencio Posada, Secretario.

COMPETENCIA

Solamente es aplicable el Art. 33, Ordinal 2º del C. de P. P. cuando el funcionario público ha realizado el hecho delictuoso en ejercicio de las funciones oficiales que le son propias o por razón de ellas; en caso contrario debe estarse a las normas generales sobre competencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Bogotá la providencia de veintidós de mayo último, por la cual sobresee definitivamente en favor del ex-Juez Promiscuo Municipal de Tibirita, señor José Alonso Lugo Olivares, en cuanto a los siguientes cargos que le hizo el abogado, doctor Angel M. Garzón Hernández:

Asevera el querellante (de acuerdo con lo que se anota en el proveído objeto de la consulta), que "de tiempo atrás viene apoderando al señor Abel Carranza Castro en un juicio de servidumbre ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibirita y que en el curso de una diligencia de inspección judicial, realizada el 27 de mayo de 1970, el señor Juez Alfonso Lugo Olivares 'les afirmó a las gentes que yo era un individuo amigo de lo ajeno, o más concretamente que robaba', llamó a Abel Carranza 'y le requirió para que no dejara que yo lo robara y le aconsejó que debía cambiarme por un abogado honrado'."

Entiende el denunciante que "estos hechos constituyen un grave delito contra mi honor". Y también el juzgador a-quo, en el auto que revisa la Corte, estima que "las imputaciones que se le hacen al doctor Lugo Olivares y que, de ser ciertas, configurarían delito de injuria..."

Y así, igualmente, lo considera la Corte, habida cuenta de lo que preceptúa el artículo 337 del Código Penal en su primer inciso, a saber: "El que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, ataque el honor, la reputación o la dignidad de una persona, o dé a conocer sus faltas o vicios puramente privados o domésticos estará sujeto al arresto de tres a diez y ocho meses y a multa de cincuenta a mil pesos".

Pues bien:

No tienen competencia el Tribunal Superior de Bogotá ni la Corte Suprema de Justicia para conocer de este proceso, pues el cargo hecho no corresponde a aquellas infracciones que se cometen en ejercicio de funciones oficiales o por razón de ellas. De acuerdo con el artículo 33 (Ord. 2º) del Código de Procedimiento Penal, sólo en el supuesto dicho los jueces y otros funcionarios en aquel precepto indicados son juzgables en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y en segunda por la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, se tiene el caso de nulidad que indica el numeral 1º del Art. 210 del Código de Procedimiento Penal —la incompetencia del juez—, que habrá de declarar la Corte en este asunto, lo cual invalida el procedimiento seguido desde el auto que cerró la investigación, inclusive.

Como de los delitos previstos en el Título XIII del C. Penal conocen los jueces pena-

les del Circuito, este negocio es de la competencia del Juez Penal del Circuito de Guateque, a donde habrá de enviarse el expediente.

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal pide que se confirme el auto objeto de la consulta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, DECLARA NULO lo actuado en este proceso a partir de la providencia por la cual se declara cerrada la averiguación, inclusive, y DISPONE que por el Tribunal Superior de Bogotá se envíe el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Guateque, para los fines consiguientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el informativo a la oficina de origen.

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

Evencio Posada, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD CONSTITUCIONAL

No toda irregularidad procedimental constituye violación al derecho de defensa. Lo dispuesto en el Art. 449 del actual Código de Procedimiento Penal, mira más a la continuidad en la administración pública que, por tal medio, se garantiza contra toda interrupción, que a los derechos del sindicado. — El no practicarse pruebas solicitadas por el defensor por haberse vencido el término de instrucción, no constituye nulidad de ninguna naturaleza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de 8 de marzo del año en curso, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la del Juez Segundo Superior, proferida el 12 de enero, también de este año, y en la que se condenó a **Armando Campos Olaya** a la pena principal de diez años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido en la persona de Aurora Giraldo Giraldo el 15 de febrero de 1970, interpuso oportunamente el procesado recurso extraordinario de casación, que le fue concedido y aceptado por esta Sala que también declaró ajustada a los requisitos legales la demanda que, para sustentar dicho recurso, presentara por medio de apoderado especialmente constituído para ello.

Hechos y actuación procesal

Los resume el Tribunal en la siguiente forma que la Sala estima plenamente aceptable:

"Los hechos que dieron origen a este proceso tuvieron ocurrencia en esta ciudad, el día 15 de febrero de 1970, en la cantina denominada 'Estambul', de propiedad de Aurora Giraldo Giraldo, cuando al regresar ésta de cine, a eso de las cinco y media de la tarde, era esperada por su amante Armando Campos Olaya, en el salón principal de la cantina, donde ingería cerveza, acompañado de un Carabinero, mientras llegaba su futura víctima. Una vez que Olaya presintió que había llegado Aurora, se dirigió a la pieza de ésta, con una cartera en la mano y cuando estuvo frente a ella la saludó burlonamente diciéndole: "quiubo patrona cómo está" y acto seguido mientras Aurora se hallaba respecto a él vuelta de espaldas, Olaya sacó el revólver y le apuntó diciéndole: "usted ha visto esto?", frase que hizo que ella volteara a mirarlo y en ese mismo instante, sonó el disparo que hizo impacto en la frente de Aurora y ésta se desplomó en el acto al lado del chifonier en que estaba guardando el vestido que acababa de cambiarse".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio habiendo sido previamente capturado, el mismo día de los hechos, Campos Olaya, contra quien la Juez Municipal mencionada profirió, con fecha 23 de febrero, auto de detención y solicitó la suspensión del sindicado en el cargo de Corregidor y Protector de Indígenas de Miraflores (Vaupés)), la cual fue decretada oportunamente por el Comisario del Vaupés (Fls. 31).

El sumario pasó posteriormente al Juzgado Superior habiéndole correspondido, en reparto, al Primero de esa categoría que prosiguió la investigación.

Con fecha 15 de junio de 1970, el apoderado del sindicado presentó un memorial en que solicitaba se practicaran las pruebas que allí se señalan.

Por auto de 16 de ese mismo mes, el Juzgado declaró cerrada la investigación, medida que ordenó notificar, lo que se hizo personalmente al sindicado y, por estado, a las demás partes.

Luego, previo concepto del Ministerio Público en que se solicita el llamamiento a juicio del sindicado, por homicidio simplemente voluntario, y memorial de su apoderado en que pide sobreseimiento temporal para que se practicaran las pruebas pedidas por él, el Juzgado abrió causa criminal, en auto de 7 de julio del año mencionado, por el delito de homicidio sin agravantes ni atenuantes.

En esa providencia el Juez se refirió a la solicitud de pruebas hecha por el apoderado, la víspera de cerrarse la investigación, manifestando que en los procesos que tienen preso y están ya vencidos los términos de ampliación, es imperativo cerrarla para entrar a calificar el mérito del sumario.

También se hace referencia al testimonio de Graciliana Muñoz Ramírez, considerada por el apoderado como testigo clave, por lo cual atacó su declaración, respecto a la cual dice el Juez que, no obstante la profesión de la víctima, debe acogerse su testimonio íntegramente por cuanto la credibilidad que se la da, no depende sólo del dicho de tal declarante sino que se apoya en el de otros testigos (Fls. 128).

Este auto no fue apelado y, por lo tanto, siguió el proceso, abriéndose a prueba la causa oportunamente, término durante el cual el defensor solicitó que se practicaran las pruebas que se habían dejado de efectuar durante la investigación y se ratificara una declaración tomada extra-juicio.

El Juzgado, por auto de 11 de agosto de 1970, negó lo pedido, basándose en que la solicitud no llenaba los requisitos mencionados por el artículo 7º del Decreto 1358 de 1964 que exige indicar clara y precisamente lo que el solicitante se propone acreditar con cada una de las pruebas pedidas, así como la conducencia de las mismas por la relación que tengan con los hechos materia del debate (Fls. 136 del Cdno. principal).

Este auto no fue recurrido.

La audiencia pública se verificó en los días 16, 27 y 28 de julio de 1971, sin que se hubiera solicitado, en ella, la práctica de pruebas, aunque el defensor se refirió, ampliamente, a las que obran en el proceso y criticó que no se hubieran decretado las que pidió en el sumario (Fl. 186).

Al cuestionario que les fue sometido, a los jurados contestaron con un "sí es responsable".

Antes de dictarse sentencia de primera instancia, hubo cambio de juez y el nuevo se declaró impedido por haber emitido su concepto, como abogado, respecto al fondo del negocio.

El auto que contenía la manifestación de impedimento fue apelado y el Tribunal, por providencia de 20 de octubre del año pasado, se abstuvo de decidir sobre el recurso. El Juez Primero ordenó pasar el proceso al Segundo Superior quien aceptó el impedimento y aprehendió el conocimiento del proceso.

Con fecha 12 de enero del año en curso, dicho Juez dictó sentencia de primera instancia en la que, tras detenido análisis de las pruebas que obran en el proceso, consideró que estaba demostrada la responsabilidad del procesado y procedió a desarrollar el veredicto que, en tal sentido, profirió el jurado.

Estima que en el caso de autos se registran las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º, 6º y 7º del artículo 37 del Código Penal tanto por no aparecer los móviles de la infracción, como por la forma "fría, serena, calculada, esquiva y simulada como irrumpió (el procesado) en la alcoba de la víctima a donde solía ir y la tenía acostumbrada, no hacía presagiar para ella tan amargo desenlace" con lo cual dificultó la defensa de ésta a la vez que revelaba la insensibilidad moral del victimario. Y porque, finalmente, obró abusando de las condiciones de inferioridad de la ofendida.

Entre las circunstancias de menor peligrosidad, encontró el a-quo que se daban las descritas en los numerales 1º y 5º del artículo 38 del Código Penal.

Como conclusión, impone al procesado la pena de diez (10) años de presidio, más las correspondientes sanciones accesorias.

De la sentencia en mención apeló Campos Olaya y el Tribunal resolvió el recurso con la que ahora es materia de casación.

En ella, el ad-quem dice que "la versión dada por el sindicado, para explicar la ocurrencia del hecho que se le imputa, resultó torpe, infantil y hasta ridícula; porque bien probado quedó en los autos que la presencia de los tres supuestos enemigos y atacantes en el lugar de los hechos no existió".

Luego al establecer la pena, él asevera que no existen fundamentos para cargarle al imputado la circunstancia prevista en el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal porque no se llegó a establecer el motivo determinante del homicidio, lo cual no permite afirmar que obró por motivos innobles o fútiles.

Tampoco puede tenerse en cuenta, afirma más adelante, el numeral 6º de la misma disposición "por cuanto él se refiere a que la víctima intente defenderse, pero le sea imposible por la superioridad de las armas o de la capacidad de ataque del agente del delito" (Fl. 10, Cdno. Nº 3).

Pero sí considera presente la circunstancia de que trata el numeral 8º de la misma norma que se viene citando, "si se tiene en cuenta que el acusado entró de sorpresa a la pieza de su víctima y disimulando sus intenciones" o sea que, aquél según el Tribunal, procedió con insidias.

Rechaza, a continuación, la circunstancia del numeral 7º ibídem deducida por el a-quo ya que, en concepto del fallador de segunda instancia, "no estuvo en la mente del sindicado aprovecharse de la inferioridad personal de la víctima por su condición de mujer, perteneciendo al sexo débil, sino el deseo de darle satisfacción a la pasión del odio, posiblemente por amores contrarios, para lo cual lo mismo le daba que fuera una niña de quince años o de treinta, como era la occisa".

En cambio, dice, dejó de contemplar la circunstancia prevista en el numeral 5º Id. "que sí se halla demostrada, con la prueba de que el acusado llegó, la tarde de los hechos, a la cantina, a esperar que la víctima regresara de cine, que previamente estuvo ingiriendo cerveza para preparar el ánimo y que llevaba el revólver oculto en una papelera hechos confirmados por Teresa Ruiz (aseadora) y por Graciliana Muñoz (copera) y de los cuales se deduce la preparación ponderada del delito".

Teniendo en cuenta lo anterior, así como la consideración que también hace de que no milita ninguna circunstancia de menor peligrosidad en favor del procesado ya que las mencionadas por el a-quo, a saber, la buena conducta anterior y la embriaguez voluntaria, no las considera probadas, la primera por las constancias que hay en el expediente de que se iniciaron dos procesos contra el actual imputado y la segunda porque auncuando hay un "principio de prueba" (sic) de que se hallaba embriagado, el acusado se proporcionó, dice el Tribunal, ese estado para poder cometer el delito que proyectaba, llega la sentencia revisada a la conclusión de que "no es del caso imponerle al acusado la pena mínima, porque militan en su contra dos circunstancias de mayor peligrosidad y en cambio no lo favorece ninguna de las que inciden disminuyendo la pena", no obstante lo cual conviene en que "el resultado viene a ser igual a la pena principal impuesta por aquél (el a-quo) ésto es, de diez (10) años de presidio" por lo que confirma la sentencia apelada.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Tres cargos se formulan en ella contra la sentencia recurrida.

Dos tienen por marco el numeral 4º del artículo 580 del C. de P. Penal, ésto es, el haberse dictado la sentencia, según el demandante, en un juicio viciado de nulidad, y el otro el del numeral 1º de la misma disposición, "por aplicación indebida de los Arts. 36, 37, 38 y 39 del C. P., en la graduación de la pena".

Primer cargo

Considera el demandante que el juicio sobre el cual recayó la sentencia revisada, está viciado de nulidad de rango constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta Política, consistente en que, pese a haber manifestado Campos Olaya, en su

indagatoria, que estaba desempeñando el cargo de Corregidor y Protector de Indígenas de Miraflores (Vaupés), se ordenó su captura, se dio efectividad a esa orden y se le mantuvo capturado hasta cuando, pronunciado ya el auto de detención, se solicitó al Comisario del Vaupés que se le suspendiera en el cargo referido, todo lo cual se hizo no obstante que regía el Art. 50 del Decreto 1358 de 1964 que disponía se insertara en la providencia mencionada, la orden de detención, que sólo podía hacerse efectiva después de la suspensión del funcionario, el cual, mientras tanto, únicamente podía ser sometido a medidas de vigilancia.

También dice que constituye falta de las formas propias del juicio, la ausencia de la diligencia de reparto mediante la cual se pasaron el acta de levantamiento del cadáver y una hoja más, al Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio que fue el que dictó auto cabeza de proceso.

A este cargo responde el Procurador Segundo Delegado Penal, quien lleva en este recurso extraordinario, la vocería del Ministerio Público, diciendo que las formas propias del juicio a que se refiere el artículo 26 de la Constitución, son las que constituyen la etapa del proceso denominada juicio o causa y no las que forman el sumario, por lo que no puede considerarse que las omisiones de que habla el demandante constituyan nulidad constitucional, ya que se refieren a la etapa del proceso últimamente mencionada.

Además, dice el Procurador, para que una irregularidad en el trámite de un juicio penal constituya nulidad constitucional, se necesita que sea de tal entidad que "socave o menosprecie los principios fundamentales del juzgamiento" y no es eso lo que ocurre en el caso de autos ya que la no suspensión del funcionario con anterioridad a la captura, "carece de la suficiente trascendencia jurídica como para considerar que se desconoció un principio fundamental del proceso penal colombiano, que, en realidad, no lo es porque ni se lesionó el derecho de defensa ni se quebrantó un servicio de la administración pública. Por lo demás, cuando se notificó al acusado la providencia en que se ordenó la detención preventiva, ya se le había suspendido en el cargo de Corregidor de Miraflores en la Intendencia del Vaupés".

Segundo cargo

Formulado también, como ya se dijo, en el marco de la causal cuarta y con invocación, igual que en el caso anterior, del artículo 26 de la Carta, lo hace consistir el demandante en que, según él, se violó esta norma porque "durante el sumario se pretermitieron, algo más, se dejaron de considerar pruebas de singular inequívoca importancia en la defensa del procesado solicitadas por éste, y por su representante judicial antes del cierre de la investigación. Si bien es cierto que mediante expresa declaración del juzgado del conocimiento, tales pruebas fueron negadas durante el juicio (parte de ellas, las pedidas por el doctor Jiménez R. durante el plenario), tal negación no aparece justificada tampoco en el juicio, puesto que envolvían una diáfana y concreta conducencia probatoria y menos durante el sumario, cuando a su última petición, se respondió con auto de cierre de la investigación".

La Procuraduría, al responder este cargo, señala que cuando el escrito en que el apoderado solicitaba pruebas en el sumario se presentó, ya estaba vencido el término de instrucción del mismo y el de ampliación por lo cual el Juzgado Superior decidió clausurar la etapa investigativa.

Y si bien es cierto que en el plenario de la causa el defensor pidió nuevamente esas pruebas, no cumplió con lo prescrito por el artículo 7º del Decreto 1358 de 1964, razón por la cual el juez negó la solicitud.

"A pesar de que en la audiencia pública se habían podido practicar las pruebas a que se ha hecho mención, añade la Procuraduría, el defensor no insistió".

Comoquiera, concluye el Ministerio Público, que las pruebas no se pidieron conforme a la legislación vigente por cuanto no indicó el defensor qué se proponía demostrar con ellas, estuvieron bien denegadas y, en consecuencia, el cargo no debe prosperar.

Tercer cargo

Ubicado en la causal primera, lo enuncia el actor diciendo que hubo violación de la

ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, en la graduación de la pena.

El Procurador pide que, al igual que los anteriores, se deseche también este cargo.

Se basa, esta vez, en que, según su concepto, está el cargo mal formulado porque "adolece de serias fallas en cuanto a la técnica propia de este recurso extraordinario, ya que se ignora si la aplicación indebida de los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal ocurrió por infracción directa de las normas penales sutantivas o por violación indirecta de las mismas, proveniente de error de derecho o error de hecho manifiesto en los autos".

Consideraciones de la Corte

Por separado se va a referir la Sala a los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal de Villavicencio, que se revisa a virtud de recurso extraordinario de casación.

Cargo primero

Se hace consistir en que la falta de la diligencia de reparto mediante la cual se asignó al Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio la investigación del hecho sub-judice y la de la solicitud de suspensión del procesado, previa a su captura, violan, por omisión, la plenitud de las formas propias del juicio, cuya observancia se elevó a canon constitucional en el artículo 26 de la Carta Política.

Examinado el expediente se encuentra que el Inspector de Turno del Permanente de Villavicencio, después de haber consignado el informe de los agentes de policía que allí se mencionan, sobre la captura de una persona sindicada de lesiones en Aurora Giraldo Giraldo, quien murió, y practicada la diligencia de levantamiento del cadáver, ordenó pasar esas diligencias al Juzgado Municipal, reparto.

Aparece luego una nota de la Secretaria del Juzgado Segundo Penal Municipal en que se pasan tales diligencias a despacho, informando que le correspondieron a ese Juzgado, por reparto.

Viene enseguida al auto cabeza de proceso en el cual se señalan las principales pruebas que se deben practicar para el total esclarecimiento de los hechos.

La falta de un auto por parte del Juzgado de reparto, que diera cuenta del funcionario a quien fueron repartidas las diligencias en mención y que ordenara enviárselas, no constituye, a juicio de la Sala, una omisión de tanta magnitud como para elevarla a la categoría de nulidad constitucional, ya que, aun sin esa diligencia, bien podía el Juez Municipal abrir la investigación a virtud de conocimiento personal de los hechos, o por notoriedad pública de los mismos o por cualquier otro medio serio de información según lo establece el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal.

La otra omisión que, en el mismo cargo, se considera violatoria de la Carta, o sea, no haber sido suspendido el sindicado en su cargo de Corregidor y Protector de Indígenas de Miraflores previamente a su captura, tampoco puede ser admitido como tal porque, en primer lugar, la captura se ordenó antes de saberse que el sindicado desempeñaba funciones oficiales, y, en segundo término, si bien se le mantuvo privado de libertad cuando ya se tenía conocimiento de ello, es lo cierto que la disposición contenida en el artículo 50 del Decreto 1358 de 1964, correspondiente al Art. 449 del actual Código de Procedimiento Penal, mira más a la continuidad en la administración pública que, por tal medio, se garantiza contra toda interrupción, que a los derechos del sindicado.

En nada se violaron éstos, especialmente, no se disminuyó el de su defensa, al mantenérsele capturado, lo que, si bien constituye una irregularidad, no configura, por las razones expresadas, una nulidad constitucional.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Cargo segundo

Lo concreta la demanda diciendo, en síntesis, que ni en el sumario ni en el juicio, se ordenó la práctica de pruebas solicitadas por el representante del procesado y consideradas fundamentales para la defensa de éste.

La Sala hace suyos los razonamientos del Procurador porque, en verdad, cuando el

apoderado presentó su solicitud de pruebas ya estaban vencidos los términos señalados en los Arts. 317 y 472 del C. de P. Penal para la instrucción del sumario y ampliación de la misma.

No puede decirse que, al ceñirse a esos mandatos legales, el juez del conocimiento estuviera infringiendo las normas propias del juicio, pues que, por el contrario, estaba dándole aplicación a dos de ellas, muy claras en su texto y significado.

Otro tanto puede decirse de la negativa a ordenar la práctica de las pruebas que el defensor solicitó en el plenario y que el juez negó con base en lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1358 de 1964 (correspondiente al Art. 501 del C. P. P.) que exigía que el solicitante indicara lo que se proponía acreditar con cada una de ellas, requisito que omitió el defensor, razón por la cual el juez, como se ha dicho, no accedió a lo pedido.

Además, el defensor tuvo otra oportunidad para pedir que se practicaran esas pruebas, si tan importantes para los fines de la defensa las consideraba, y fue en la audiencia pública.

Pero no lo hizo, sino que prefirió referirse, en su defensa, a la falta de esos medios de prueba sin que sus alegaciones sobre este particular, hubieran tenido eco en el jurado.

En síntesis, tampoco se ve que se hubieran omitido, por este aspecto, formas propias del juicio.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Cargo tercero

Lo expresa el actor diciendo que hubo violación de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, en la graduación de la pena.

La Sala comparte los razonamientos de la Procuraduría al tachar de falta de técnica la demanda en este aspecto, por no expresar si la violación de la ley es directa o indirecta, ni decir, en caso de que de esta última se trate, si es por error de hecho o de derecho.

En verdad, la naturaleza del recurso de casación exige que se ubique con precisión la base legal de los cargos a fin de que se pueda estudiar cada uno de ellos dentro del ámbito que le es propio, ya que el legislador ha fijado un marco diferente para las distintas formas de ataque a la sentencia por cuanto cada causal de casación tiene su naturaleza y consecuencias propias, que no permite confundir unas con otras y si el demandante no señala a través de las expresiones usadas por la ley los vicios que halla en la sentencia, su silencio no puede ser suplido por la Corte.

Además, no es posible, en el presente caso, intentar siquiera una interpretación de la demanda, en este punto, para buscar cuál de las formas de ataque a la sentencia, consagradas por el numeral 1º del artículo 580 del C. de P. Penal, fue la que pretendió utilizar el recurrente porque, a la par éste que critica la apreciación que de las pruebas hizo el Tribunal para deducir las circunstancias de mayor peligrosidad, lo que parecería indicar que el cargo se basa en el inciso 2º de dicha disposición, expresa también que hubo indebida aplicación de las normas atrás citadas. Esto es, se sitúa, al mismo tiempo, en el inciso 1º de ese numeral.

O sea que ataca a la sentencia por dos vías, la violación indirecta y la directa, contradictorias entre sí, ya que, como tantas veces lo ha dicho la Sala, en tanto que por la primera se rechazan los hechos aceptados en la sentencia, en la segunda se les acepta.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

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 proferida en la presente causa por el Tribunal Superior de Villavicencio el 8 de marzo del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Mario AlarioDi Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Esteban Bendeck Olivella, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ

La constituye el hecho de comisionar para que se tomen ciertas decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o retenida, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y modo privativo por el Juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.— Bogotá, D. E., siete de noviembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante auto de 24 de abril del corriente año, llamó a responder en juicio al ex-Juez Promiscuo Municipal de Barbacoas señor **Guillermo Eraso Enríquez** por el delito de detención arbitraria cometido en la persona de Temístocles Sánchez R.

Contra esa providencia interpusieron el recurso de apelación el Fiscal Segundo de la Corporación, el procesado y su defensor, aunque ninguno de ellos expuso ante la Corte los motivos de su inconformidad.

En esta instancia, el Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita la confirmación del proveído impugnado, por estimar que en el sumario se encuentran reunidos los requisitos señalados en el Art. 481 del C. de P. P., para dictar auto de proceder contra el ex-funcionario sindicado.

Cuando emitió concepto sobre el mérito de la investigación, una vez que ésta fue clausurada, el Fiscal recurrente pidió al juzgador de primer grado que declarara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto cabeza de proceso, inclusive, por incompetencia del funcionario que inició y elaboró el sumario, que lo fue el Juez Tercero Superior de Pasto, quien obró por comisión que le confirió el Magistrado al que le correspondió en reparto la denuncia formulada contra el procesado, pues consideró el Agente del Ministerio Público que esa delegación fue ilegal y lesiva del fuero que tienen los jueces para el juzgamiento por causas de responsabilidad (fls. 79 a 81).

Para replicar al colaborador, la correspondiente Sala del Tribunal de primera instancia reprodujo apartes de una providencia de la Corte de fecha 12 de julio de 1971, en la que se dijo:

"Se observa que el Magistrado Sustanciador comisionó, en el auto de 20 de octubre de 1969, al Juez Primero Superior de Pasto para que **iniciara** y adelantara la investigación, dándole, entre otras facultades, la de dictar el auto cabeza de proceso.

"De modo que el Magistrado Sustanciador decidió abrir la investigación en virtud de la denuncia presentada por José Alirio Timaná, y habiendo comisionado al señor Juez Primero Superior de Pasto con las facultades referidas, se entiende que, al dictar éste el auto cabeza de proceso, es como si lo hubiera dictado el propio comitente, conforme a los términos del artículo 2º del Decreto 2267 de 1969 y del 133 del C. de P. C.

"Otra cosa habría sido y con trascendencia jurídica diferente, si el Magistrado Sustanciador hubiera delegado en el funciona-

rio comisionado la facultad de abrir o no la investigación, defiriendo tal decisión al criterio del Juez, porque entonces sí se habría violado el artículo 2º del citado Decreto, que ordena que el Magistrado Sustanciador "abra la investigación cuando a ello hubiere lugar".

"Por esta razón la Sala no accede a la solicitud del Procurador de que se decrete la nulidad del proceso ab initio por incompetencia de jurisdicción". (fls. 84 y 85).

Antecedentes procesales

1. En escrito de 12 de mayo de 1970, dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Pasto, el señor Temístocles Sánchez R., denunció al Juez Promiscuo Municipal de Barbacoas Guillermo Armando Eraso "por el delito de detención arbitraria de que me hizo víctima en el pasado mes de abril del año en curso". (fl. 1).

2. La queja fue asignada al Magistrado doctor Heriberto Rivera Duarte, quien el 18 de julio siguiente dictó un auto del tenor que a continuación se copia:

"Comisiónase al señor Juez Primero Superior de Pasto, (reparto) para que inicie y adelante la investigación del hecho denunciado, en el término de sesenta días. Se lo faculta al funcionario comisionado para sub-comisionar en los casos necesarios y, como es obvio, para obtener la ratificación del denunciante y dictar el auto cabeza de proceso. Se le concede amplias facultades en lo de ley". (fl. 4).

3. Repartido el asunto al Juez Tercero Superior, éste pronunció el 21 de agosto de 1970 el auto que obra al folio 10, en el que dispuso abrir investigación penal contra el denunciado, practicar pruebas y recibir declaración indagatoria al inculpado.

4. El mencionado Juez Superior realizó varias diligencias, entre ellas la indagatoria del Juez Eraso, y las remitió al Magistrado comitente, quien ordenó la continuación del proceso hasta la calificación del sumario.

Se considera

Primero. Los Tribunales Superiores de Distrito conocen en primera instancia, por medio de sus Salas de Decisión, de los procesos que se sigan a los jueces y a otros funcionarios "por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". (Art. 33, num. 2, del C. de P. P.).

Segundo. De conformidad con lo prescrito en el Art. 52 del C. de P.P., que reprodujo en lo esencial el 61 del estatuto anterior, en los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia o de un Tribunal Superior de Distrito Judicial "el Magistrado sustanciador será el funcionario instructor", y es a éste a quien corresponde abrir la investigación cuando a ello hubiere lugar y disponer si la adelanta directamente o por medio de comisionado, vale decir, si las pruebas que ordena en el auto cabeza de proceso las practica por sí o a través de funcionario delegado al afecto.

Tercero. A tenor de lo dispuesto en el artículo que viene de citarse y en los Arts. 318 y 319 ibidem, que corresponden a los Arts. 283 y 284 del Código anterior, no puede cuestionarse que es el funcionario de instrucción (el Magistrado sustanciador, en la Corte y en los Tribunales) el que debe iniciar el sumario, dictando el correspondiente "auto cabeza de proceso", cuando por cualquier medio serio de información tuviere noticia de la comisión de alguna infracción penal de las que deban investigarse de oficio. En efecto, tales normas establecen:

Art. 52. "En los procesos por delitos cuyo conocimiento esté atribuido a la Corte Suprema de Justicia o a un Tribunal Superior de distrito judicial, el Magistrado sustanciador será el funcionario instructor; los demás funcionarios de instrucción podrán practicar solo las diligencias preliminares, hasta que el respectivo Magistrado sustanciador, a quien se dará aviso inmediato, abra la investigación cuando a ello hubiere lugar y disponga si la adelanta directamente o por medio de comisionado".

Art. 318. "El funcionario de instrucción correspondiente debe iniciar 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 deban investigarse de oficio".

Art. 319. "Cuando el funcionario de instrucción reciba denuncia o cuando se encuentre en el caso previsto en el artículo anterior, dictará un auto cabeza de proceso en que, fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal, resolverá abrir la investigación correspondiente al descubrimiento de los hechos, de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos, de los motivos determinantes y de la naturaleza y cuantía de los perjuicios".

Cuarto. Igualmente, es al Juez o Tribunal competente o al funcionario instructor, según el caso, a quien concierne proferir el auto inhibitorio a que alude el Art. 320 del C. de P. P. (2º del Decreto 1358 de 1964), o sea la providencia por la cual se abstiene de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho denunciado no ha existido o no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse.

Quinto. El acto de apertura de un proceso penal, cuya forma debe ajustarse a las exigencias mínimas indicadas en el Art. 319 antes transcrito, y el inhibitorio de iniciación de sumario, que tiene que ser motivado como lo ordena el Art. 320, son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o retenida, ésto es, de la originada directamente en la ley, que le ha dado al juez (individual o colegiado) la capacidad o aptitud para iniciar el proceso o para abstenerse de hacerlo, sin posibilidad de delegación.

Sexto. En los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito, entre los cuales está, como queda dicho, el juzgamiento en primera instancia de los jueces por las llamadas causas de responsabilidad, el Magistrado sustanciador puede "comisionar a cualquier juez para practicar diligencias dentro o fuera de su distrito" (Art. 49, inciso 2º, del C. de P.P.). Pero este poder de delegación es limitado a actuaciones concretas y determinadas de instrucción, tales como la recepción de declaraciones (de testigos o del procesado), la realización de careos, la práctica de una inspección judicial, etc., que hayan sido previamente decretadas por el comitente y que no entrañen una decisión de contenido jurisdiccional, verbigracia, la apertura del proceso o la negativa de la misma, la resolución sobre detención o libertad del sindicado, la admisión o rechazo de la demanda de constitución de parte civil, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y de modo privativo por el Juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho.

Séptimo. La costumbre de algunos Magistrados de Tribunal de comisionar a los jueces para que decidan sobre la iniciación del sumario en asuntos de la competencia de la Corporación; para que reciban indagatoria al imputado, si a su juicio existe mérito para ello; para resolver la situación jurídica del inculpado, y, en general, para que ejecuten sin discriminación, bajo una cláusula general de comisión, la serie de actos que integran la primera fase del proceso penal, es contraria a la ley, que solo permite una delegación restrictiva, y reclama la censura de la Corte.

Octavo. Como en el caso sub-judice el Magistrado del Tribunal Superior de Pasto a quien correspondió la denuncia elevada contra el ex-Juez Promiscuo Municipal de Barbacoas no cumplió la obligación que le competía de actuar como funcionario de instrucción, según claras disposiciones atrás reproducidas, sino que la delegó en un Juez Superior, excediendo la facultad de comisionar, y fue el inferior el que declaró abierta la investigación, ordenó la indagatoria del inculpado y decretó la práctica de pruebas a su arbitrio, sin tener competencia para ello, es palmar para la Corte que todo este proceso está viciado de nulidad, a voces del Art. 210, num. 1º, del C. de P. P., y así habrá de declararse.

Noveno. Por las razones apuntadas la Sala rectifica en lo pertinente las apreciaciones que hizo en el auto de 12 de julio de 1971 y al cual se refiere el a-quo en la providencia que ahora se revisa.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Sala Penal, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, declara la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha 18 de junio de 1970, visible al folio 4, dictado por el Magistrado sustanciador, y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que se proceda con arreglo a las observaciones de la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONTRABANDO

El derecho penal aduanero consagra en forma independiente la acción de decomiso de los objetos propios de contrabando, de la acción encaminada a sancionar al sujeto activo de la infracción. — La acción sobre la mercancía de contrabando es imprescriptible por expreso mandato del legislador. — Cuando el C. de P. Penal estatuye como causal de casación el ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea, se está refiriendo, por modo inequívoco, no a las máximas jurídicas de contenido material, sino a las normas positivas de carácter penal sustancial, normas expresas que con frecuencia traducen o recogen universales principios de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., siete de noviembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Mediante sentencia del veintiocho de enero de mil novecientos setenta el Tribunal Superior de Aduanas confirmó "en todas sus partes" la de primer grado, proferida por el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"**Primero.** Por prescripción de la acción penal se ordena cesar todo procedimiento seguido contra el sindicado Ignacio Peña Ospina.

"**Segundo.** Absolver a los acusados Alberto Enrique Andrade Lleras e Isaac Guerrero Eljach, de los cargos que se les formularon en este proceso seguido por el delito de contrabando.

"**Tercero.** Declarar de contrabando la mercancía materia de este proceso y que se identifica así: a) Automóvil Mercedes Benz Roadster Coupé, tipo 190 SL, Chasís No. 6503268, motor Nº 1219216503275, serial de carrocería Nº A 121 040-6501001, placas E-2377 de 1959, propiedad de Alberto Enrique Andrade Lleras; y b) Automóvil Mercedes Benz Limusina, tipo 220-S. chasís No. 180- 010-65 03043, placas D-29276 de 1959, propiedad de Isaac Guerrero Eljach. Los vehículos referidos deben ser entregados al Administrador de la Aduana Interior de esta ciudad a más tardar dentro de los dos días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"**Cuarto.** Se ordena el remate de la mercancía declarada de contrabando en el numeral anterior y la consignación de los dineros recaudados por ese concepto, con carácter definitivo, en el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas".

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron el recurso extraordinario de casación el apoderado de Isaac Guerrero Eljach y el señor Enrique Andrade Lleras, recursos que, concedidos por el Tribunal Superior de Aduanas, fueron luego declarados admisibles por la Corte. En su momento la Sala declaró ajustadas a las exigencias legales las demandas que oportunamente formularan los respectivos apoderados de los recurrentes. En el concepto que obra de folios 35 a 57 del presente cuaderno el Ministerio Público, representado por la Procuraduría Primera Delegada, solicita a la Corte que deseche las referidas demandas y orde-

ne devolver el expediente al Despacho de origen.

Antecedentes

Están adecuadamente resumidos por la sentencia acusada:

"a) La investigación la inició el Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera el 22 de septiembre de 1959.

"b) Le dio origen, la denuncia formulada por el señor Alfonso Sanmiguel Acevedo. Este, bajo juramento, afirmó ser de contrabando el automóvil Mercedes Benz con placas 2377, por no ampararlo ningún Manifiesto de Aduana.

"c) Amén de la anterior denuncia, el Director General de Aduanas, en oficio distinguido con el Nº 26.126 de 3 de diciembre de 1959, puso en conocimiento del funcionario instructor una serie de hechos, alusivos al caso, a saber:

"1º. Que el Teniente Carlos Rojas Correa, el 13 de septiembre de 1956 introdujo al país doce cajas de 'efectos personales' y 'dos coches usados'.

"2º. Que dicha importación provenía de Alemania donde el expresado señor había ejercido el cargo de adjunto militar de la Embajada de Colombia y después de haber sido estudiante en comisión en la Universidad de Karlsruhe.

"3º. Que la importación antes dicha se llevó a término por el puerto de Buenaventura.

"4º. Que los coches fueron retirados de la Aduana por el embarcador oficial, Catalino Hurtado quien, para lograr su cometido, elevó un memorial al Administrador en que le solicita licencia 'previo llenos (sic) de los requisitos legales', se le permita retirar el cargamento en mención.

"5º. La anterior súplica fue despachada por el Administrador mediante proveído cuyo texto resulta interesante transcribir. Dice así:

'Previo el desglose del conocimiento de embarque, pase a la sección almacenes para que deje la misma constancia. Luego a la sección de reconocimiento para que ordene la entrega'.

"6º. La Dirección General de Aduanas requirió al Administrador de la de Buenaventura para que informara sobre el retiro de la mercancía de marras. Este en comunicación de 27 de octubre de 1959 dice que no se presentó 'manifiesto' para la nacionalización de los automóviles.

"7º. Cítase otro documento, tácitamente invocado para justificar el proceder del Administrador de Aduanas de Buenaventura. Tal pieza es una comunicación de tipo 'standard' de la Jefatura del Departamento Administrativo en la que se le sugiere al destinatario prestar todas las facilidades posibles en orden a la nacionalización de los vehículos y también del equipaje.

"d) Como si lo anterior no bastase, el Director de Aduanas obtuvo de la Secretaría del Banco de la República una constancia o información en torno al hecho de que por el año de 1956, tal institución no le había expedido al señor Rojas Correa Registros de Importación para introducir automóviles al país".

Del Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera pasó el proceso al Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Bogotá, Despacho que profirió la sentencia de primer grado, plenamente confirmada, como ya hubo de expresarse, por la que luego fue objeto del recurso extraordinario de casación.

Demandas de casación

I Demanda de Enrique Andrade Lleras

Después de presentar un resumen de los hechos y de hacer referencia a la actuación procesal, la demanda formulada por el apoderado especial del señor Andrade Lleras empieza por solicitar a la Corte que case, en lo desfavorable, la sentencia recurrida, y en su lugar dicte el fallo que ha de reemplazarla, "en el cual se ordene la entrega incondicional" del vehículo de propiedad de su mandante. Y en seguida expresa que con fundamento en la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 propone cuatro cargos, cuya esencia puede compendiarse así:

Primer cargo

En sentir del recurrente, la sentencia acusada "viola la ley sustancial por infracción directa, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 34 del Decreto-ley Nº

1821 de 1964, que ordena: 'la declaración de una mercancía como contrabando, es independiente de la imposición de pena al sindicado, de su absolución o de la prescripción o extinción de la acción o de la condena, y surte, de consiguiente, todos sus efectos, no obstante tales absolución, prescripción o extinción. Sin embargo, si la absolución se funda en hechos tales que sean bastantes a quitar a la mercancía su carácter de contrabando, el interesado tendrá derecho a reclamarla, o a recibir su valor si ya hubiere sido vendida o rematada".

Estima el actor que si bien la sentencia recurrida no cita el artículo 34 del Decreto-ley número 1821 de 1964, sino que alude a "las disposiciones pertinentes", es ésta la norma aplicada, "pues fue la que independizó la declaratoria de la mercancía como contrabando, de la absolución y de la prescripción de la acción penal, modificando así lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto legislativo Nº 3134 de 1952, que tenía el decomiso de la mercancía como una de las penas accesorias allí contempladas". Y agrega en desarrollo del cargo:

"Para la fecha en que se efectuó la importación (septiembre 13 de 1955) regía el Decreto legislativo Nº 700 de 1954, el cual derogó el Nº 3134 de 1952. Pero la Corte Suprema de Justicia (Sala Plena), en sentencia dictada el 23 de septiembre de 1958 declaró inexequibles las disposiciones del Decreto 700 de 1954 que para aquella fecha se hallaban vigentes por no haber sido sustituidas o derogadas por los Decretos extraordinarios Nos. 73 y 188 de 1958 (G. J. T. LXXXIX Sept. 1958 Nº 2202, pág. 14). En tal virtud, las normas del Decreto 3134 que habían sido derogadas por el Decreto declarado inexequible, cobraron vigencia y son aplicables al caso concreto, por disposición del artículo 26 de la Constitución Nacional, el cual tiene desarrollo en los artículos 43 y siguientes de la Ley 153 de 1887 y primero del C.P. Aplicar el artículo 34 del Decreto 1821 de 1964, cuya vigencia comenzó el 1º de agosto de 1965, por disposición expresa del Decreto legislativo Nº 1697 de 1965 (D. O. Nº 31700 de julio 14 de 1965), como lo hizo la sentencia, es violar esa norma sustancial porque se infringe directamente al darle una validez en el tiempo, que no tiene".

Segundo cargo

"La sentencia viola, indirectamente, la ley sustancial bajo la modalidad de aplicación indebida de una regla general de derecho contemplada en el principio de la buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa: 'Error comunis facit jus' ".

Planteado el cargo, formula el actor las siguientes consideraciones generales:

"El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 dispone que 'Cuando no haya ley aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho'. En tal virtud, la procedencia del recurso de casación por violación de las reglas generales de derecho es admitida por los tratadistas y la Corte Suprema de Justicia la ha consagrado, entre otras jurisprudencias, en la que aparece en la sentencia de la Sala de Casación Civil dictada el 23 de junio de 1958, que corre publicada en los Diarios Jurídicos Nos. 380 y 381 de septiembre de 1958, de donde, precisamente, la sentencia recurrida pretendió inspirarse para sacar conclusiones contrarias a las allí consignadas".

Concretando la tacha, expresa el demandante, en suma, que la sentencia impugnada desconoció el valor probatorio del Certificado que obra al folio 52 del primer cuaderno, en el cual el Secretario de la Aduana de Buenaventura hace constar que el automóvil Mercedes Benz importado como equipaje por el Teniente Carlos Rojas Correa el 13 de septiembre de 1956, cuya entrega se solicitó el 14 del referido mes, fue entregado en la misma fecha "previos requisitos legales".

"Cuando el Secretario General de la Aduana de Buenaventura, —agrega el demandante— autorizado por el Administrador de la misma Aduana certifica, con el lleno de las formalidades legales, que el vehículo fue entregado por esa Aduana 'previos requisitos legales', está dando fe de un hecho cumplido ante él, en su carácter de fun-

cionario público y en ejercicio de sus funciones. Por tanto, es un documento público, que por ser tal, la ley lo presume auténtico y la da el carácter de plena prueba del hecho certificado".

El actor aduce argumentos colaterales para reforzar el cargo, y compendia su pensamiento así:

"Quedó demostrado el error de derecho en que incurrió la sentencia al no darle al certificado expedido por la Aduana el valor de plena prueba de que el vehículo fue entregado por ella, previo el lleno de los requisitos legales, ésto es, que se habían pagado los derechos y por tanto estaba nacionalizado. Si bien la sentencia tuvo en cuenta el principio de la buena fe cualificada, no le aplicó debidamente, circunstancia ésta que la llevó a decretar el decomiso del vehículo, castigando la buena fe cualificada con que procedió mi mandante. Así se cumple la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 en principio invocado, lo cual da lugar a que se case la sentencia".

Tercer cargo

Estima el actor que la sentencia viola asimismo la regla general de derecho expresada en la máxima latina "Nemo auditur propiam turpitudinem allegans", violación directa, por omitir su aplicación a unos hechos que la "demandan inexorablemente". Planteamiento sobre el cual formula en seguida las siguientes consideraciones:

"Si la sentencia es un silogismo cuya premisa mayor está formada por las normas legales; la premisa menor, por los hechos que caen bajo el dominio de la premisa mayor; y la conclusión es el resultado de aplicar la ley a esos hechos, hay que concluir que en este cargo, la sentencia viola la premisa mayor, porque no aplicó una norma sustancial que ha debido aplicar. Aquí no ha habido apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas, precisamente porque no se aplicó la norma sustancial a unos hechos no desconocidos en la sentencia. Si en el cargo me refiero a los hechos y cito folios del proceso, es para facilitar la consulta y no porque la violación se configura en forma indirecta, esto es, a través del material probatorio".

En desarrollo del cargo anota el demandante que el Cónsul General de Colombia en Hamburgo legalizó el despacho del automóvil sin estar en presencia del Registro de Importación, infringiendo así el artículo 6º del Decreto legislativo Nº 0637 de 1951; y, de otra parte, en la importación que efectuó el señor Carlos Rojas Correa, los funcionarios de la Aduana de Buenaventura no exigieron el manifiesto de importación, ni lo elaboraron de oficio. Tampoco aforaron los vehículos, ni liquidaron y cobraron los derechos que la ley imponía cobrar, y, finalmente, "se apresuraron a hacer entrega de los automotores". Con tal conducta —afirma el impugnante— infringieron los artículos 196, 222 y 253 de la Ley 79 de 1931, orgánica de Aduanas.

Concluye el recurrente expresando que la sentencia acusada "cometió un doble error, pues sanciona la buena fe con que el doctor Enrique Andrade Lleras adquirió el vehículo, y beneficia al Estado con el decomiso del automotor, basado precisamente en el dolo de sus funcionarios, que se ocultó a los ojos del comprador de buena fe, con un documento público de un falso contenido".

Cuarto cargo

"La sentencia ha violado la ley sustancial, en forma directa, por una errónea interpretación del Artículo 3º del Decreto ley Nº 1432 de 1940, que define los hechos constitutivos del delito de contrabando o fraude a la Renta Nacional de Aduanas".

Estima el actor que el yerro del sentenciador se produjo al expresar la siguiente: "En suma, no hubo pago de derechos ni ejecución de gestiones encaminadas a conseguir dicho pago, tales como la consecución del registro de importación, de la factura consular, de la factura comercial, y del manifiesto de importación, documentos cuyo conjunto pone de manifiesto la licitud de una importación".

En aparte intitulado "Concepto de la Violación" anota la demanda que el fallo acusado no señala la norma legal que erige en hecho constitutivo de delito de contrabando el no pago de los derechos de Aduana, ni la falta de los documentos allí citados, pero que la sentencia de primer grado,

"confirmada en todas sus partes" por la recurrida en casación, dice en lo pertinente: "De modo que sí se ejecutaron actos por parte del viajero y emisiones por parte de la Aduana de Buenaventura que a la postre privaron al Fisco Nacional de la totalidad de los derechos de Aduana en esa importación hecho constitutivo del delito de contrabando. Y también la falta de registro de importación y demás documentos para la nacionalización definitiva de la mercancía, se deduce que los automóviles se trajeron al país en contravención a la Ley. (Decreto 1432 de 1940, artículo 3º, letras d y c)". Y agrega:

"El artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 en su ordinal d) contempla como hecho constitutivo del delito de contrabando: 'Traer al país mercancía en contravención a la Ley'. La sentencia que acuso considera que la carencia de registro de importación, de la factura consular, de la factura comercial, y la no presentación de manifiesto por el importador, hacen que la importación se haya efectuado en contravención, a la Ley, en razón de que tales documentos son requeridos por ésta".

En pasos posteriores del libelo sostiene el impugnante que ni la falta de registro previo de importación en el momento de efectuarse ésta, ni el pretermitir la presentación de manifiesto por el importador en la misma oportunidad estaban contemplados como delito de contrabando cuando se introdujeron al país los automóviles a que se refiere el proceso. "Fue el Decreto-ley Nº 444 de 1967 el que, con lamentable error que no es del caso concretar dijo en el artículo 74: 'Se consideran infractores de las disposiciones sobre contrabando no solo a aquellas personas que introduzcan al país bienes de prohibida importación sino también quienes los adquieran. Igualmente se considerará contrabando la introducción al país de cualquiera otra mercancía sin previo registro o licencia de importación, según el caso'. Norma que como es obvio, no puede tener el efecto retroactivo que pretende darle la sentencia".

Y más adelante arguye el actor:

"Hay un hecho evidente, y es el de que no se pagaron los derechos de Aduana cuando por disposición legal han debido cubrirse. Pero este hecho es imputable al importador, o a los funcionarios aduaneros?".

El interrogante, —expresa la demanda— queda resuelto con las disposiciones de la Ley orgánica de aduanas. En su sentir, el artículo 11 del Decreto 3134 de 1952, que modificó el 247 de la Ley 79 de 1931, y los artículos 248 y 249 del Código de Aduanas "evidencian que el importador no incurre en mora en el pago de los derechos, sino cuando éstos le han sido liquidados y se le ha notificado el monto de la liquidación". Criterio éste que complementa así:

"Cuando los funcionarios aduaneros entregan mercancías o elementos importados que causen derechos de importación sin el pago de los gravámenes correspondientes por no haberlos liquidado la Aduana, aquéllos son responsables del pago de tales derechos, sin perjuicio de la acción penal correspondiente, porque así está expresamente contemplado en el Art. 51 de la Ley 79 de 1931, que en anterior cargo se transcribió". De todo lo cual concluye, tras algunas digresiones de carácter argumental:

"Es así como el Fisco Nacional está salvaguardiado en sus intereses. Si no se hicieron efectivas las normas legales, culpa es de la Dirección General de Aduanas que tuvo conocimiento oportuno de tales hechos, y a pesar de ello no cumplió con sus obligaciones sino que se limitó a retener el vehículo, desposeyendo a un tercero que lo adquirió con buena fe cualificada. Nada se le exigió al importador, como tampoco se responsabilizó a ningún funcionario aduanero. Todo el peso de las faltas cometidas por los funcionarios públicos pretenden hacerse recaer sobre el doctor Enrique Andrade de Lleras, al decomisarle el vehículo de su propiedad. Con fundamento en lo expuesto, reitero las súplicas de la demanda".

II Demanda de Isaac Guerrero Eljach

Formulada por conducto de apoderado especial, se ocupa en primer término de presentar un resumen de los hechos, con anotaciones sobre el trámite del asunto ante los juzgadores de primero y segundo grados. Luego, bajo el rubro "Causal Unica de Casación", expresa el actor:

"Demando la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas con funda-

mento en el Art. 56 del Decreto 5281 (sic) de 1964 por error evidente de hecho, en razón de que, no se tomaron en cuenta documentos que demuestran sin lugar a duda la legítima importación de los dos automotores.

"El Tribunal violentó la ley sustantiva contenida en el Decreto 1821 de 1964 en razón de que omitió considerar algunas pruebas en el valor que les otorga la Ley; y por este error, llegó a la conclusión de que los vehículos habían sido importados en forma fraudulenta".

Los argumentos con que se pretende demostrar la acusación son, en síntesis, éstos.

"Al folio 149 se encuentra visible un certificado expedido por autoridad pública en ejercicio de sus funciones que determina sin lugar a duda que el automóvil Mercedes Benz tipo 220-S, Motor Nº 180 924-55-03240; Carrocería Nº A-180 010-65-02043, fue entregado 'previo el lleno de los requisitos legales'.

"Quiere esto decir —continúa el demandante— que el teniente Rojas Correa nacionalizó debidamente su equipaje como lo comprueban, la copia del mensaje de la Dirección General de Aduanas visible al folio 23 del cuaderno 1º, y a la copia del sobordo que se observa al filo 24 del mismo cuaderno. Confirma este hecho el documento visible al folio 40 (cuaderno 1º) en donde se encuentra que el embarcador oficial Catalino Hurtado H., tramitó en la forma debida el equipaje diplomático perteneciente al teniente Carlos Rojas Correa".

"Las pruebas a que me refiero —dice pasos adelante el actor— que no fueron tomadas en cuenta por el Tribunal, demuestran sin lugar a duda, que los vehículos fueron nacionalizados como equipaje exento de derechos de aduana, ya que la posible equivocación de los funcionarios que actuaron a nombre del Gobierno Nacional no invalida en ningún momento la actuación administrativa por ellos cumplida.

"Como se encuentra demostrado que el Tribunal no tomó en cuenta las pruebas que demuestran la nacionalización de los vehículos, aparece notorio un error de hecho ya que al omitir la consideración de las mismas, el Tribunal transgredió los Arts. 632 del C. de P. C. y 251 del C. de P. P. y a través de este defecto, incumplió los preceptos contenidos en el Decreto 1821 de 1964".

Concluye el demandante expresando que como está demostrado que con la introducción de los referidos vehículos no se incurrió en el delito de contrabando, desaparece el fundamento de la incautación ordenada por el fallo recurrido, y por tanto, solicita "que se case la sentencia impugnada, y que en su lugar se ordene la entrega de los automotores a los propietarios tan injustamente despojados".

Concepto del Procurador

Contiene una amplia exposición en torno al recurso extraordinario de que se trata, refiriéndose particularmente a la técnica propia del mismo cuando el medio aducido es, como en el presente caso, la causal primera. Tales consideraciones, de orden general y doctrinario, constituyen el presupuesto básico para concluir, frente a la demanda formulada a nombre del doctor Enrique Andrade Lleras, que ésta no consulta el esquema legal normativo del recurso, y que, consecuentemente, debe desecharse.

Semejantes reparos le formula el representante del Ministerio Público a la demanda presentada por el personero del señor Isaac Guerrero Eljach, resumiendo su pensamiento sobre la acusación en los siguientes párrafos:

"No reseña el señor demandante las pruebas que omitió el fallador y con las cuales se demostraba el cumplimiento de todos los requisitos legales principalmente el 'previo pago de los derechos aduaneros' por parte del señor Rojas Correa en lo atinente a la importación de los vehículos. Se refiere la demanda a la certificación de la Aduana de Buenaventura, elemento de convicción que sí fue tenido en cuenta por el ad-quem, mas a la cual no le podía hacer producir las consecuencias legales que pretende el señor demandante sean producidas, vale decir legalidad de la introducción de los vehículos, así no se haya dado cumplimiento a perentorias normas preexistentes a tal acto, y con las cuales quedaba nacionalizada la mercancía importada.

"Entonces, el supuesto error de hecho a que se alude en la demanda no aparece 'de modo manifiesto en los autos' como lo exige el artículo 56, segundo motivo de la causal primera, del Decreto 528 de 1964 y no se debe olvidar que no es la simple formulación del cargo lo que hace prosperar la demanda, sino la plena y legal demostración de él enfrente al cuerpo probatorio que fue base para las declaraciones de la sentencia recurrida sin que se haya demostrado la ilegalidad de la prueba, por lo cual no pueden ser aceptadas sus tesis, máxime cuando, luego de anunciarse la violación de la ley sustantiva, se afirma que el quebranto se produjo sobre normas adjetivas o procedimentales penales y civiles".

En armonía con tal criterio, la Procuraduría solicita que se desestime también esta demanda.

La Corte considera

I. Demanda de Enrique Andrade Lleras

Primer cargo

1. Como se recordará, su contenido esencial consiste en sostener que si en las normas preexistentes al acto reputado de contrabando el decomiso de los objetos materia del ilícito constituía una sanción accesoria y, además, no estaba consagrada la imprescriptibilidad del decomiso, decretarlo hoy "es violar directamente el artículo 34 del Decreto 1821 de 1964 al pretender darle efecto retroactivo, una validez en el tiempo que no puede tener".

2. Es cierto que el artículo 6º del Decreto 3134 de 1952 fue concebido en los siguientes términos: "La persona responsable de contrabando o fraude a la Renta Nacional de Aduanas, estará sujeta a la pena de seis (6) meses a dos (2) años de prisión y a las accesorias de la pérdida de la mercancía...". Según esta norma, la pérdida de los objetos era sanción accesoria en caso de condena y cuando los mismos aparecieren como del procesado. Pero no quiere ello decir que solo en el supuesto de sentencia condenatoria pudiera decretarse el decomiso y remate de las mercancías de contrabando, pues cosa distinta establecían los artículos 3º y 23 del Decreto 3124 de 1952, citado por el demandante, el primero de los cuales autorizaba aquellas medidas en cualquier momento del proceso.

3. Sobre el tema expresa el actor en la demanda que el artículo 34 del Decreto 1821 de 1964 independizó la acción de decomiso de la imposición de pena al sindicado, para concluir que aquél se puede decretar no obstante estar prescrita la acción penal, vale decir, "consagró la imprescriptibilidad de la acción referente al decomiso". Y agrega: "Pero antes del Decreto 188 de 1958, una vez prescrita la acción penal, se extinguía el derecho al decomiso de la mercancía, porque prescrita la pena principal no podía subsistir la accesoria".

4. Es erróneo considerar que la imprescriptibilidad de la acción referente al decomiso o pérdida de la mercancía solo vino a establecerse en virtud de los Decretos 188 y 1821, citados por el recurrente. En efecto, ya el mismo sentenciador de segundo grado había expuesto el siguiente criterio sobre el particular:

"En cuanto a la acción sobre la mercancía, ésta sí es imprescriptible por expreso mandato de la legislación penal aduanera (Art. 26 del Decreto 1821 de 1958 y 34 del Decreto 1821 de 1964). Y no podía ser de otra manera siendo que los objetos de contrabando, como en el caso debatido, son objetos ilícitos, fuera de comercio, a cuya posesión no se puede llegar por la vía de prescripción adquisitiva como claramente lo enseñan los artículos 1519, 1521, 1740 y 1741 del Código Civil. Esto quiere decir que al mismo punto se hubiera llegado, de no existir la norma, por la vía de doctrina. (Sentencia de 2 de septiembre de 1966).

5. De lo expuesto se deduce, con suma claridad, que la sentencia acusada no quebrantó la ley sustancial al expresar que "cuando se configura el delito de contrabando, con independencia de la efectividad de la acción penal, el dueño, fatalmente, pierde su mercancía en favor del Estado, de acuerdo con las disposiciones pertinentes", porque, en verdad, como se ha visto, existían normas preexistentes que jurídicamente fundaban aquella determinación.

No prospera, en consecuencia, el cargo estudiado.

Cargos segundo y tercero

6. Se construye el segundo cargo sobre la base de que el fallo acusado quebranta la ley sustancial "bajo la modalidad de aplicación indebida de una regla general de derecho contemplada en el principio de la buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa: 'Error comunis facit jus' ". Y con idéntico criterio afirma el demandante, al formular la tercera tacha, que "la sentencia viola asimismo la regla general de derecho expresada en la máxima latina 'Nemo auditor propiam turpitudinem allegans', violación directa, por omitir su aplicación a unos hechos que la demandan inexorablemente".

7. Importa recordar que universalmente predomina el criterio de que en materia penal sólo la ley es fuente de derecho. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina influyen, desde luego, en la elaboración y modificación de las leyes, pero no son fuentes de derecho.

"Si queremos que la ley penal sea el supremo Código de la libertad, como tan elocuentemente lo afirmó Carrara, la ley debe ser la única fuente del derecho penal (Programa, Prefacio a la 5ª edición). La ley penal es advertencia y garantía: advertencia de que será penado quien cumpla la conducta que la ley describe, y garantía de que sólo en tales casos el Estado pondrá en funcionamiento del resorte penal". Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, 2ª Ed., Pág. 105).

Tal es, por lo demás, el criterio que informa el derecho positivo colombiano sobre la materia. En efecto, de la norma contenida en el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 se desprende que la costumbre no es fuente de derecho penal, como sí lo es en la esfera del derecho privado, siempre que no haya legislación positiva, que sea general y conforme con la moral cristiana. Tampoco la jurisprudencia —entendida como aplicación de la doctrina legal a los casos concretos— es fuente de derecho penal entre nosotros, sin que ello demerite su valor trascendente en la tarea de fijar el contenido y el alcance de la ley.

8. Es preciso concluir, por tanto, que cuando el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal instituye como causal de casación el ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, se está refiriendo, por modo inequívoco, no a las máximas jurídicas de contenido general, sino a las normas positivas de carácter penal material, normas expresas que con frecuencia traducen o recogen universales principios de derecho. Pero será siempre necesario, como imperativamente lo requiere el artículo 576 ibídem, que la demanda de casación cite "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", vale decir, los preceptos legales de orden sustantivo, cuyo quebranto constituye la esencia misma de la referida causal.

Deben desestimarse, en consecuencia, las tachas segunda y tercera.

Cuarto cargo

9. Considera por último el actor que el fallo de segundo grado viola directamente el artículo 3º del Decreto-ley 1432 de 1940, "que define los hechos constitutivos del delito de contrabando o fraude a la Renta Nacional de Aduanas".

Sobre el tema basta anotar que no obstante la prolija exposición enderezada a desvirtuar por tal aspecto las razones en que la sentencia recurrida se funda, el objetivo no se cumple, pues el actor mismo acepta que "hay un hecho evidente, y es el de que no se pagaron los derechos de aduanas cuando por disposición legal han debido cubrirse". Extremo éste que, sin embargo, trata de justificar afirmando que tal omisión se debió a culpa de los funcionarios aduaneros que en una u otra forma intervinieron en el trámite relativo a la importación de los vehículos tantas veces mencionados.

Por lo visto, tampoco se demostró este último aspecto de la acusación.

II. Demanda de Isaac Guerrero Eljach

Ya hubo oportunidad de observar que el actor, bajo el rubro de "Causal Unica de Casación", vale decir, la que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 contemplaba en su ordinal primero, sostiene, en síntesis, lo siguiente:

"Como se encuentra demostrado que el Tribunal no tomó en cuenta pruebas que demuestran la nacionalización de los vehículos, aparece notorio un error de hecho ya que al omitir la consideración de las mismas, el Tribunal trasgredió los artículos 632 del C. de P. C., 251 del C. de P. P. y a través de este defecto incumplió los preceptos contenidos en el Decreto 1821 de 1964".

Tal argumento se reitera dos o tres veces en el curso del libelo. Es evidente, por tanto, que el demandante sostiene que la ley sustancial (Decreto 1821 de 1964), fue quebrantada indirectamente, sin precisar la norma infringida, como consecuencia de error de hecho y de derecho respecto de un mismo medio probatorio, lo que basta para descalificar el cargo a la luz de las normas que regulan el recurso de que se trata.

En oportunidad similar a la que esta demanda plantea expresaba la Sala, insistiendo una vez más sobre el tema:

"Importa recordar, finalmente, que contraría la técnica propia del recurso extraordinario de casación proponer conjuntamente los errores de hecho y de derecho en la estimación de una misma prueba. Y que tampoco procede estructurar la acusación sobre errores que indiscriminadamente abarquen el acervo probatorio, pretendiendo con ello que la Corte adquiera una convicción diferente de la que traduce el fallo impugnado". (Sentencia de 31 de agosto de 1972).

10. No hallándose justificado ninguno de los cargos formulados en las dos demandas estudiadas, habrá de aplicarse el precepto contenido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

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 los recursos extraordinarios de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal Superior de Aduanas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO

El delito de prevaricato exige una doble condición: objetiva la primera, que consiste en la providencia misma y subjetiva la segunda, que consiste en la voluntad de dictarla sabiendo que con ella se desconoce un derecho, o se viola parte del ordenamiento procesal determinado, o se niega una realidad que la ley ha querido establecer en la regulación de los intereses individuales y sociales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

En auto del 4 de agosto de 1972, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira llamó a responder en juicio criminal a Conrado García Cárdenas por los delitos de peculado y prevaricato, cometidos en ejercicio de sus funciones de Juez Primero Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal.

La misma providencia decretó la detención preventiva del procesado, hecho que se cumplió una vez que fue suspendido del cargo. También ordenó el decomiso de una camioneta y compulsar copias para investigar la conducta de Nevers Moreno Duque, Fabio Montoya Peláez y Guillermo García Cárdenas, quienes aparecen vinculados a las actividades punibles del juez.

Contra estas determinaciones interpuso el interesado el recurso de apelación, que fue concedido oportunamente y que se ha tramitado en la Corte hasta su agotamiento.

El apoderado del recurrente sustentó la alzada con las razones que se examinarán después. El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que se debe confirmar el enjuiciamiento pero con una variedad distinta del delito de peculado, según se puntualizará en su lugar.

Antecedentes

Los hechos constitutivos de la incriminación se sintetizan así: el 31 de mayo de 1969, Conrado García Cárdenas, en ejercicio de sus funciones de Juez Primero Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, dictó un auto para sacar a remate una camioneta decomisada dentro del proceso adelantado contra Alfonso Echeverri, por conductas antisociales. El texto de la providencia dice: "1º Se decreta el remate de la camioneta decomisada y que hace parte de este proceso, y el producto del remate se consignará en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de esta ciudad y se entregará a la persona que compruebe ser propietaria del vehículo rematado; 2º El remate se efectuará por los trámites del juicio ejecutivo, según el procedimiento civil".

El 18 de junio de 1969 repitió la misma disposición, ante la ausencia de postores, y con fecha 4 de julio siguiente dictó un tercer auto con igual sentido.

Dos veces, pues, declaró desierta la licitación, hasta que el juez adjudicó el vehículo a Fabio Montoya Peláez, quien formalizó el recibo el 4 de agosto de 1969 en su calidad de depositario, cargo que venía ejerciendo anteriormente. Montoya Peláez se comprometió "a cancelar las deudas que se deban a los secuestres anteriores que tuvieron el mismo vehículo en calidad de depósito, los cánones que se deban por concepto de garaje y todos los gastos que se hubieren ocasionado por la tenencia del ve-

hículo, y hecho lo anterior quedará sin ninguna obligación para con el Juzgado, ya que el despacho considera que en esta forma se cubre el valor de la mencionada camioneta".

El sindicado de conductas antisociales, Alfonso Echeverri, desapareció, pero el proceso contra él terminó mediante sobreseimiento definitivo. Sin embargo, no reclamó la camioneta, que siguió bajo la custodia del juez hasta su adjudicación definitiva en la forma ya relacionada. A su vez Fabio Montoya, Peláez la vendió a Guillermo García Cárdenas, hermano del Juez, por la suma de ocho mil pesos, íntegramente cubiertos.

Fabio Montoya confirma esta operación y explica que la camioneta marca 'Chevrolet', modelo 1959, se le adjudicó en el remate, porque no hubo otro postor y además porque a él le debían dinero por la conservación del vehículo.

El sindicado dijo que su decisión se apoyaba en una jurisprudencia contenida en fallo del 10 de abril de 1959, en la cual la Corte declara, que los semovientes decomisados dentro de una investigación penal no son bienes mostrencos y que pueden ser rematados para pagar perjuicios e indemnizaciones. También alegó el artículo 702 del Código de Procedimiento Penal, vigente entonces, cuyo texto disponía que las cosas secuestradas se destinarían al pago de los perjuicios, multas y costas.

Auto de proceder

Perfeccionada la investigación, en el curso de la cual se acreditó la calidad de Juez del sindicado, el Tribunal de Pereira, en el auto que se revisa, reconoció la existencia de los delitos de peculado y prevaricato, el primero por apropiación, en provecho de un tercero, o sea de Fabio Montoya Peláez, de la camioneta marca 'Chevrolet', modelo 1959, motor número F. 414JE.5854, chasís número 59.T.119515, color verde marfil, en cuantía superior a tres mil pesos; y el segundo, porque "en ningún caso el Juez Penal puede rematar un objeto que tenga en su poder y que sea motivo de investigación, ya que en el Código de Procedimiento Penal no existe ninguna disposición que lo autorice". En estas condiciones "el elemento a sabiendas se considera plenamente probado", tal como lo exige la ley con relación al tipo delictivo de que trata el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963.

Los autos contrarios a la ley dictados por el Juez García, para ordenar el remate, y el 18 de junio de 1969 para declararlo desierto y adjudicar el vehículo, acreditan el aspecto material de la infracción, conjuntamente con la confesión del acusado.

Los dos delitos son conexos.

Sobre las explicaciones del sindicado dice el auto en estudio:

"En cuanto a lo que dice el señor Juez en la indagatoria que obró de acuerdo con jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, tal sentencia dice que los semovientes y demás efectos que hayan sido decomisados por las autoridades, como objeto de un delito de robo o hurto, o el producto del remate de los mismos, no pueden calificarse de mostrencos, y en caso de no ser reclamados por sus verdaderos dueños estos bienes se entregarán al Estado; pero no dice que se adjudicarán o entregarán a un particular como ocurrió en el caso que se contempla.

"En cuanto al Art. 702 de que habla el señor Juez, tal artículo dice que los objetos secuestrados se destinarán al pago de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.; pero en este caso, el procesado no debía pagar ninguna suma puesto que fue sobreseído definitivamente; por otra parte, cuando en el proceso penal hay cosas secuestradas o embargadas a petición de la parte civil o del Agente del Ministerio Público, el remate de tales cosas debía hacerse ante un Juez Civil de acuerdo con el Art. 135 del C. de P. Penal vigente por la época de los hechos investigados.

"Es absolutamente inexacta la afirmación que hace el sindicado de que este Tribunal en otros negocios similares ha aceptado la forma en que se verificó el remate en el caso materia de estudio".

Petición y razones de la defensa

Durante el término de fijación en lista, el apoderado del procesado pidió la revocatoria del auto apelado y sobreseer definiti-

vamente, "porque no hay base alguna para enjuiciar sino para dar aplicación al artículo 488 del C. de P. P.".

Sostiene que en el desempeño del cargo García Cárdenas se ciñó a la ley y que la providencia mediante la cual dispuso el remate del vehículo "fue nula desde su nacimiento hasta su culminación". Agrega que "el acto nulo es inexistente y por ende no tiene consistencia alguna. En el caso subjudice la camioneta en momento alguno ha sido rematada, no ha salido del patrimonio de nadie para ingresar en el de otro, ni menos se ha abusado del bien encomendado. El doctor Conrado García no dictó auto contrario a la ley porque no podía conocer, ni tenía competencia, para rematar bien alguno". Lo que el Juez ejerció fue la defensa del vehículo para su dueño, "no dejarlo perecer, terminar con los abusos del secuestre y depositar el valor en la Caja de Crédito Agrario", de donde se deduce que su conducta no fue dolosa ni estuvo dirigida a cometer ilicitud alguna.

Puede aceptarse, dice, la errónea aplicación del procedimiento civil, pero estos errores no constituyen delito. Por lo tanto no debe aplicarse el artículo 168 del Código Penal, porque sus elementos están ausentes.

En lo que concierne concretamente con el delito de peculado, el auto recurrido olvida que la entrega del vehículo a Montoya fue resultado del error del funcionario al dictar el auto de remate. Esta operación "no se ordenó con el fin determinado de entregar el vehículo al señor Montoya, porque para ello, para apropiarse, a nombre suyo o de tercero, no habría tenido necesidad el funcionario de ejercitar esta actividad atribuyéndose funciones de las cuales carecía". Por otra parte, Montoya tampoco se apropió del vehículo, porque le fue adjudicado oficialmente para pagarse dineros que había invertido. Finalmente, estima que destruída la concepción del prevaricato se elimina también la del peculado.

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia el alcance del artículo 59 del Código Penal y de los artículos 350 y 727 del estatuto procesal, para concluir que el procesado no cumplió ninguna de tales normas, sino que por el contrario, saliéndose abiertamente de ellas, cometió un acto protuberantemente arbitrario: "Ni siquiera se sujetó a los preceptos contenidos en el Código Judicial anterior, vigentes en la época de los hechos porque adjudicó el automotor sin seguir las pautas de los artículos pertinentes (1045 y s.s.), o sea, que no hubo remate sino una adjudicación o condonación aparente de deudas, sin demostración alguna del monto de las mismas y sin saber a qué personas se les debían servicios, arrendamientos y honorarios".

Agrega el Procurador:

"Realmente no hubo remate, sino un acto en el cual el Juez acusado resolvió entregar la camioneta, a título de dominio, sin observar las formas propias del remate. El Juez no podía disponer de este bien para que engrosara el patrimonio económico del señor Fabio Montoya, porque los objetos que provienen de la ejecución del delito, o pertenecen al Estado, o al perjudicado con el delito o a un tercero, como lo estatuye el artículo 59 del C. P. Ninguna facultad legal tenía el Juez para tomar tan extravagante determinación, como se colige del aparte central del auto en mención: 'El adjudicatario recibe la camioneta real y materialmente y se compromete a cancelar las deudas que se deben a los secuestres anteriores que tuvieron el mismo vehículo en calidad de depósito, igualmente cubrirá los cánones que se deban por concepto de garaje y en fin cubrirá todos los gastos que se hubieren ocasionado por la tenencia del vehículo y hecho lo anterior quedará sin ninguna obligación para con el Juzgado ya que el Despacho considera que en esta forma se cubre el valor de la mencionada camioneta'.

"O sea que la camioneta salió del patrimonio económico del verdadero dueño y pasó a ser propiedad del señor Fabio Londoño por el solo hecho de tener la calidad de secuestre, sin pagar precio alguno, sino en virtud de un auto del juez que dispuso arbitrariamente de un bien que estaba obligado a administrar, pero jamás como si se tratara de un bien propio, sobre el cual no podía ejercer actos de señor y dueño.

"Este acto ilegal produjo consecuencias jurídicas porque la camioneta fue inscrita

a favor de Fabio Londoño en la Inspección de Tránsito y Transporte de Pereira, con el sólo título del auto del juez en comento. Posteriormente la vendió al señor Guillermo García, hermano del procesado, quien a su vez la enajenó a Guillermo Agudelo Báez, quedando legalmente inscrita en las dependencias de la Circulación de Pereira, como se puede comprobar en el cuaderno respectivo".

En relación con los argumentos del apoderado, observa el Agente del Ministerio Público:

"Carece de validez la argumentación del señor apoderado al afirmar que como el hecho del remate y su adjudicación son actos nulos y por ende, inexistentes, no se producen efectos jurídicos. La nulidad y la inexistencia de un acto son figuras bien distintas que producen efectos distintos. El acto nulo es válido mientras no se revoque, y esta determinación se puede tomar en cualquier estado del proceso, como lo dispone el Art. 212 del C. de P. P.; en cambio, el acto inexistente no necesita tal declaratoria, sino que se considera como si no se hubiera verificado, cuando no se llenan ciertas formalidades necesarias para la validez del mismo, según el artículo 214 del mismo estatuto.

"Ciertamente el Juez acusado no se apropió la camioneta en provecho suyo, pero sí le dio una destinación diferente, porque no podía ni rematarla ni adjudicarla a un tercero, bajo el pretexto de que no se protegerían en mejor forma los intereses del verdadero dueño. Según las normas vigentes, el juez no podía de ninguna manera rematar ese bien proveniente de una investigación penal y adjudicarlo a otra persona, so pena de violar el Art. 150 del C. P. que dice: 'El funcionario público que diere a los caudales o efectos públicos una aplicación diferente de aquella a que están destinados...' Por tanto, la calificación que el Tribunal Superior de Pereira hizo en cuanto al delito de peculado no encaja dentro de las formas típicas del Art. 3º del Decreto 1858 de 1951, sino en el Art. 150 del C. P.".

El acusado, a juicio del Procurador, se apartó maliciosamente de la ley "puesto que no podía desconocer las normas mínimas que informan el proceso penal". El solo hecho de que la camioneta adjudicada apareciera en poder de su propio hermano, constituye un indicio grave de responsabilidad.

Las jurisprudencias citadas por el sindicado no vienen al caso y no es verdad que el Tribunal de Pereira hubiera confirmado autos de remate dictados anteriormente en procesos distintos, pues dicha entidad hace la rectificación pertinente.

Encontrándose acreditadas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, debe confirmarse el auto recurrido, porque el acusado violó los artículos 150 del Código Penal y 2º del Decreto 2525 de 1963, en concordancia con el 31 de la obra primeramente citada, según el Colaborador.

Consideraciones

1. La primera parte del artículo 2º del Decreto legislativo 2525 de 1963, sustitutivo del artículo 168 del estatuto represor, describe la conducta del funcionario que dicta alguna providencia con conocimiento de que es contraria a la ley, es decir, de que cuanto ordena en el dictamen, resolución, auto o sentencia, pugna con el texto de la norma. Se exige, pues, una doble condición: objetiva la primera, que consiste en la providencia misma, y subjetiva la segunda, que consiste en la voluntad de dictarla sabiendo que con ella se desconoce un derecho, o se viola parte del ordenamiento procesal determinado, o se niega una realidad que la ley ha querido establecer en la regulación de los intereses individuales y sociales. En otros términos, el mandamiento o la decisión ilegales son los proferidos contra la norma que expresamente dice lo contrario y para ello es necesario que el empleado tenga conciencia de esa oposición y que, a pesar de tenerla, lleve adelante su ejecución, y, efectivamente, la realice.

2. Esta conciencia de la oposición entre lo que debe hacer y lo que realmente hace el funcionario público, o el que transitoriamente desempeñe funciones de tal naturaleza, se concreta en la expresión a sabiendas, factor que, como ha observado la jurisprudencia, traduce de modo cierto el contenido subjetivo de la conducta.

3. El Juez Penal que remata objetos vinculados a una investigación no puede alegar que cumple la ley, porque no existe norma que lo autorice, antes bien, procede en contra de expresos mandamientos, que debe conocer, según los cuales esos objetos, así como las armas e instrumentos con que se haya delinquido, se confiscarán y entregarán al Estado, a menos que se destruyan o se devuelvan a sus dueños, según el Art. 59 del Código Penal. También viola los artículos 349, 350 y 727 del estatuto procesal, vigentes en el Código anterior, aunque con numeración distinta, según los cuales los efectos provenientes de una infracción hacen parte del sumario para efectos previstos en las mismas disposiciones, efectos que no son precisamente los del remate destinado al pago de gastos efectuados por los depositarios o secuestres. La ley es muy clara respecto de la aplicación de las cosas retenidas y por eso es delictiva la conducta del funcionario judicial que les da un destino diferente, contrariando inequívocas indicaciones. En esta oposición de lo dispuesto por la ley y lo ordenado por el juez reside el elemento subjetivo del prevaricato, en la modalidad referida. No puede afirmarse que el funcionario ignoraba las disposiciones en que apoya su ministerio.

4. El Juez Conrado García Cárdenas dictó tres autos, en tres fechas distintas, para ordenar el remate del vehículo decomisado en la investigación en que aparecía sindicado Alfonso Echeverri, y que concluyó con sobreseimiento definitivo. El obejtivo de esta reiteración ilegal no fue otro que la apropiación del vehículo retenido, en beneficio de un tercero, como lo dice el auto apelado, según el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. El funcionario entregó la camioneta al depositario para satisfacer gastos hechos por éste y para que éste se comportara como propietario de dicho bien. Y tuvo tal comportamiento toda vez que la enajenó a título de compraventa al hermano del juez, haciendo refrendar la operación ante las autoridades de tránsito como para que no quedara duda de la forma como salía la cosa de la esfera de custodia en que se había mantenido largamente. Es, por consiguiente, correcta la calificación de peculado por apropiación que se ha dado al asunto en la providencia de enjuiciamiento, y no la de aplicación oficial diferente, según la fórmula sugerida por el Procurador. Y no es así, porque el acusado no aplicó la cosa a un uso oficial convenido o autorizado por la ley, sino que la sacó para una operación de aprovechamiento particular, según lo expuesto. No se accederá a calificar el peculado conforme lo pide el Agente del Ministerio Público.

5. Las consideraciones que anteceden responden los argumentos del apoderado del procesado, en su alegato ante la Corte.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes el auto recurrido, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa del presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY

De acuerdo a reiterada doctrina de la Corte, no es procedente proponer en casación la infracción indirecta de la ley en los juicios de competencia de los Jueces Superiores en que interviene el Jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate. Lo anterior debe aplicarse a las sentencias que se fundan en el veredicto de los Consejos de Guerra Verbales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra el fallo del 7 de diciembre de 1971, en el cual el Tribunal Superior Militar, modificando en sentido favorable a los procesados la sentencia dictada por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, condenó a **Elías Martínez Castro** a la pena principal de seis años y dos meses de presidio, como autor responsable de los siguientes delitos: secuestro agravado en la persona de Edith Iriarte Baquero, dando aplicación al artículo 293 del Código Penal; secuestro simple en la persona de Gloria Lara, de conformidad con el artículo 294 de la obra citada; tentativa de extorsión de que aparece víctima la misma Edith Iriarte Baquero según los artículos 16 y 406 del estatuto represor; y abusos deshonestos en la última de las nombradas, previo reconocimiento de la infracción descrita en el artículo 323, ibídem.

El referido fallo condenó igualmente a **José Ignacio Martínez Castro**, hermano del anterior, a la pena principal de cinco años y dos meses de presidio, como responsable de secuestro agravado y extorsión, grado de tentativa, en Edith Iriarte Baquero, en armonía con los artículos 293, 16 y 406 del Código represor.

Finalmente la sentencia condenó a los dos procesados a las penas accesorias correspondientes, al pago de los perjuicios ocasionados, y confirmó la absolución del soldado Pedro José Mora Triana, a quien se le había llamado en la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, como colaborador de las infracciones.

En tiempo oportuno se interpuso el recurso extraordinario que ahora procede a resolverse, y el defensor de los dos procesados presentó sendas demandas de casación que se declararon ajustadas a las exigencias externas de la ley en providencia del 21 de agosto del año en curso.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien lleva la representación del Ministerio Público en este negocio, contesta los dos libelos, examina los cargos planteados y concluye solicitando se deseche el recurso y se ordene la devolución del expediente, pues, en su concepto, no se han demostrado las impugnaciones formuladas. Lo esencial de esta vista se transcribirá después.

Los hechos procesales

Refieren los autos que el 21 de abril de 1971, en las horas de la noche, Edith Iriarte salió del Teatro Trevi acompañada de Gloria Lara, con quien había estado viendo una película. Frente al teatro contrataron los servicios de un taxista para que las trans-

portara a su casa, ubicada en la calle 41 con la carrera 23 de Bogotá. Al entrar al vehículo notaron que al lado del conductor iba un sujeto, que resultó auxiliar de aquél en los hechos delictivos denunciados.

Al llegar al término de la carrera no quiso detenerse el chofer, antes bien, siguió y a poco andar los dos sujetos armados el uno con un cuchillo y el otro con un palo amenazaron a las pasajeras, exigiéndoles que no se movieran ni gritaran y que debían entregarles dos mil pesos en el término de dos horas, porque de no ser así las matarían.

A pesar del constreñimiento, Gloria Lara logró escapar, arrojándose del vehículo, pero el compañero del conductor le puso el cuchillo en el estómago a Edith Iriarte y después los dos sujetos, que resultaron ser José Ignacio Martínez Castro y Elías Martínez Castro la maltrataron, pretendieron abusar carnalmente de ella en un potrero vecino y después la llevaron a un teléfono público para que pidiera el dinero exigido, exigencia que se frustró porque se presentaron circunstancias inesperadas que impusieron la huída de los secuestradores.

Gloria Ester Lara Mazenett fue golpeada antes de lanzarse del vehículo y sufrió una incapacidad de veinte días. Posteriormente reconoció a José Ignacio Martínez Castro como el compañero del chofer y a Elías Martínez Castro como la persona que guiaba el vehículo.

La Brigada de Institutos Militares comisionó al Juez Quince de Instrucción Criminal para iniciar y perfeccionar la investigación, lo que efectivamente hizo hasta concretar la coparticipación de los dos procesados, a quienes detuvo y puso a órdenes de la Brigada. El Comando General de las Fuerzas Militares impartió otra comisión para el perfeccionamiento del proceso y por resolución de 30 de julio de 1971 se convocó al Consejo de Guerra Verbal para el juzgamiento; a éste se le inquirió por la coparticipación de los dos procesados en la injusta privación de la libertad, y con el propósito de obtener un provecho ilícito de la señorita Edith Iriarte Baquero, para lo cual utilizaron el automóvil 'Zastava' B-62823, de servicio público. En igual forma se interrogó, en cuestionarios separados, sobre los hechos de que fue víctima Gloria Lara lo mismo que sobre las amenazas contra la integridad personal de la primera y las maniobras violentas contra la segunda, y finalmente, sobre la exigencia de dinero para concederles la libertad.

El veredicto fue afirmativo para cada uno de los procesados, y para las distintas modalidades de la acción.

Sobre esta base se dictó el fallo condenatorio que es materia del presente recurso.

Las demandas de casación

El apoderado de José Ignacio Martínez Castro invoca la causal primera de casación en los dos cuerpos que contiene el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

El primero lo enuncia así:

"En el evento que nos ocupa acuso la sentencia recurrida con fundamento en la segunda parte de la causal primera del artículo 580, transcrito, porque la referida providencia es violatoria de la ley penal, por errónea apreciación o aplicación indebida de la prueba, que tuvo en cuenta el fallador de primera y segunda instancia para condenar a mi protegido por los reatos de 'Secuestro Agravado', en la persona de Edith Iriarte Baquero; debido a que a la prueba testifical allegada al plenario, se le ha dado un valor probatorio que no tiene, al tratar el fallador de segunda instancia de comprobar el aspecto material del secuestro agravado, preceptuado en el Art. 293 de nuestro estatuto punitivo, y no aplicar lo previsto en el Art. 294, lo cual constituye un ostensible error de derecho que quebranta la ley sustancial".

El segundo tiene este planteamiento:

"Impugno la sentencia recurrida con apoyo en la segunda parte de la causal primera del Art. 580, tantas veces citado, debido a que la aludida providencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación de la probanza, que sirvió de soporte al fallador de segunda instancia para condenar a José Ignacio Martínez Castro, por la infracción penal denominada 'Tentativa de extorsión', en concurso con otro delito de mayor entidad. El hecho criminoso fue cometido en detrimento de la señorita Edith

Iriarte Baquero. Como para demostrar el aspecto objetivo del reato cuestionado y la consiguiente responsabilidad, se tuvo en cuenta como medios probatorios, el testimonio de la agraviada e indicios que no resisten la más leve crítica. Con estas probanzas se han violado los artículos 406 del C. P., que tipifica el delito de Extorsión; el Art. 16 del mismo estatuto que trata sobre el fenómeno jurídico de la tentativa y el 215 del C. de P. P. mediante un manifiesto error de derecho que viola la ley sustantiva".

Como demostración del primer cargo, el actor afirma que "el Tribunal Superior Militar condenó a mi asistido por un concurso de delitos, entre otros, por el reato de secuestro propio o agravado en la persona de Edith Iriarte Baquero, sin hallarse acreditado dentro del plenario dos de sus presupuestos esenciales, como son: la actividad psíquica encaminada hacia la obtención de un provecho ilícito para sí o para otra persona; y la utilidad o provecho conseguidos ilícitamente. Sin estos requisitos la figura delictuosa no ha nacido a la vida jurídica y, necesariamente, degenera en el delito de secuestro simple preceptuado en el artículo 294 del Código de las Penas". Avanza en seguida en el examen de la prueba testimonial que tuvo en cuenta el Consejo de Guerra para proferir su veredicto y el Tribunal para dictar el fallo condenatorio, particularmente las declaraciones de Edith Iriarte y Gloria Lara, lo mismo que la del menor Luis Fernando Gutiérrez, para concluir:

"En consecuencia, opera completamente la aplicación indebida del artículo 293 del Código Penal, circunstancia que llevó al fallador de segunda instancia a no aplicar el artículo 294 de la obra citada, lo que constituye un error de derecho, ya que no se encuentran demostrados los elementos atinentes al provecho o utilidad ilícitos que perseguían los procesados. Por los anteriores razonamientos, se violaron los artículos 293 del Código de las Penas y 215 del Código de Procedimiento Penal, que habla de los requisitos que son necesarios para dictar sentencia condenatoria; como también se quebrantó la Ley 83 de 1946".

Tratando de demostrar el segundo cargo dice el libelo que la sentencia condenó a José Ignacio Martínez "por el delito de tentativa de extorsión, consumado en perjuicio de la señorita Edith Iriarte Baquero, sin comprobar plenamente la materialidad del ilícito anotado, ni mucho menos la responsabilidad del procesado", y formula reparos al testimonio de la ofendida, para concluir que fueron violadas las normas ya citadas, existiendo, como existió, una errada interpretación de la prueba.

La segunda demanda de casación presentada por el mismo abogado, en nombre de Elías Martínez Castro, plantea cuatro cargos dentro de "la segunda parte del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal", así:

Primero. El fallo violó "la ley penal, por errónea apreciación o aplicación indebida de la prueba que tuvo en cuenta el fallador de primera y segunda instancia para condenar a mi patrocinado por delitos de secuestro agravado y abusos deshonestos en la persona de Edith Iriarte Baquero, y secuestro simple en la persona de Gloria Lara Mazenett, puesto que a la prueba testimonial acreditada en el proceso se le ha dado un valor probatorio que no tiene, al tratar el fallador de segunda instancia de comprobar el aspecto objetivo del secuestro agravado, predicado en el artículo 293 de nuestro estatuto punitivo, y no aplicar lo previsto en el artículo 294, lo cual constituye un ostensible error de derecho que quebranta la ley sustancial";

Segundo. "El fallo impugnado es violatorio de la ley penal por errónea apreciación de la prueba, que tuvo en cuenta el sentenciador de primera y segunda instancias para condenar a mi protegido por el delito de secuestro simple en la persona de Gloria Lara Mazenett, por virtud a que a la prueba testifical aportada al expediente se le ha dado un valor probatorio que no tiene" y así aplicar una norma que no viene al caso;

Tercero. El Tribunal condenó a Elías Martínez por un concurso de delitos, incluyendo el de abusos deshonestos en la persona de Edith Iriarte "sin demostrarse a cabalidad, como lo predica el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, el aspecto material del reato en cuestión. Por consiguiente, ha debido decretarse la absolución de mi poderdante", pues "a la prueba testimonial que

es única en el proceso, se le ha dado un valor que no tiene", violando los artículos 323 del estatuto represor y 163 y 215 del represor, "mediante un ostensible error de derecho que quebranta la ley sustantiva";

Cuarto. "Ataco la sentencia recurrida con apoyo en la segunda parte de la causal primera del artículo 580, tantas veces citado, debido a que la aludida providencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación de la prueba, que sirvió de soporte a los falladores de primera y segunda instancias para condenar a Elías Martínez Castro, por el delito de 'Tentativa de extorsión', en concurso con otros delitos de mayor entidad. El hecho criminoso fue consumado en detrimento de la señorita Edith Iriarte Baquero. Como para demostrar el aspecto material de esta infracción penal y la consiguiente responsabilidad, se tuvo en cuenta como medios probatorios el testimonio de la agraviada e indicios que no resisten el menor análisis crítico, con estas probanzas se han violado los Arts. 406 del C. P. que estructura el delito de Extorsión; el artículo 16 del mismo estatuto que trata sobre el fenómeno jurídico de la tentativa y el 215 del C. de P. P., mediante un manifiesto error de derecho que viola la ley sustantiva".

El libelo hace un somero examen del testimonio de Edith Iriarte Baquero y de anotaciones en la libreta que llevaba Elías Martínez Castro, en la cual se encontraba anotado el nombre de la joven, lo mismo que su teléfono, y concluye que tales pruebas fueron mal apreciadas.

Concepto del procurador

Después de analizar los fundamentos del proceso y los de las demandas presentadas, el Procurador Primero Delegado en lo Penal critica la "innegable confusión" en que incurre el actor, pues "no se sabe el cargo cierto a la sentencia, o dicho de otra manera, la naturaleza del quebranto a la ley sustancial penal. Mas, no obstante lo anterior, de la orientación dada a los cargos y de los enunciados para señalar la causal invocada se puede colegir, por fuerza de amplitud, que la calificación que quiso dar a la violación de la ley sustancial, fue de indirecta".

Pero resulta que la invocación del apartado segundo de la causal primera de casación descrita en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, no es pertinente en los procesos que se ventilan con intervención de jurado, como son aquellos en que lo hacen los vocales de un Consejo de Guerra Verbal. "Al reclamar el demandante este motivo para impugnar el fallo, está obligado a desconocer los hechos que se imputaron al procesado y demostrar plena y legalmente que el sentenciador ad-quem hizo su pronunciamiento jurisdiccional bajo error jurídico o yerro fáctico", lo que obliga a la Corte a estudiar los hechos ya debatidos y colocarla en situación de declarar prácticamente la contraevidencia del veredicto, cosa injurídica a todas luces.

Transcribe el Procurador una jurisprudencia de la Corte que, a su vez, sintetiza lo expuesto en varias oportunidades por esta Corporación y afirma que, habiéndose dictado la sentencia de conformidad con el veredicto, no es el caso de hacer ninguno de los pronunciamientos solicitados por el demandante, desechando el recurso.

Consideraciones

Según se deduce de las transcripciones que se hicieron de los libelos, éstos, en forma poco menos que uniforme, acusan el fallo condenatorio por errónea apreciación de pruebas que, de otra parte, apenas se mencionan sin señalar inequívocamente en qué forma se produjo la indebida interpretación. Pero, aunque las dos demandas hubieran cumplido fielmente esta indeclinable exigencia de la ley, el recurso sería improcedente porque la sentencia se funda en el veredicto del Consejo de Guerra Verbal, emitido de acuerdo con los artículos pertinentes del estatuto castrense y del Código de Procedimiento Penal. Y en estas condiciones, no puede la Corte revivir un debate ya superado, como lo ha repetido en numerosas decisiones de fondo.

En fallos de 22 de agosto de 1969, 8 de mayo de 1970, 6 de octubre de 1971 y 24 de febrero y 19 de agosto de 1972, entre otros, que se reafirman, dijo esta Corporación, como lo recuerda muy bien el Agente del Ministerio Público:

"...no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (Casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otras), y 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 precluye la controversia sobre las mismas. Solo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria 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 y no puede, por tanto, plantearse al 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 (Art. 580 del C. de P. P.)".

Lo expuesto es suficiente para concluir que, no pudiendo entrar al examen de los cargos, el recurso debe ser desechado.

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 los procesados Elías Martínez Castro y José Ignacio Martínez Castro contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VEREDICTO ABSOLUTORIO

Cuando el Jurado responde: "Sí ocasionó la herida, pero no es responsable de la muerte", es un veredicto francamente absolutorio, pues en su primera parte, afirma apenas la causalidad material por la lesión producida, atribuyéndola a la conducta del procesado, pero en la segunda niega la atribución jurídica, que consiste en la responsabilidad por la muerte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre diez y seis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra el fallo del 20 de enero del año en curso, en el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Jorge Elías Salguero Zgaib a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Carlos Fajardo Londoño, en la noche del 29 al 30 de marzo de 1969, en la ciudad de Pereira, Departamento de Risaralda. El fallo condenó igualmente al procesado al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados, en abstracto, y declaró que Salguero no tenía derecho al perdón judicial ni a la condena condicional.

En esta forma, el Tribunal de Bogotá, Distrito en el cual se radicó la causa, revocó la sentencia absolutoria por el Juez Veinte Superior, con fecha 6 de septiembre de 1971.

Se ha agotado el trámite para resolver, habiéndose recibido y calificado oportunamente la demanda de casación del apoderado especial de Jorge Elías Salguero y el concepto del Ministerio Público, que actuó en este proceso por conducto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal. A estas dos piezas se hará referencia adelante.

Antecedentes

Refieren los autos que en la noche del 29 al 30 de marzo de 1969, Roberto Sampayo Alvarez, Guillermo Arango Betancur y Carlos Julio Fajardo, llegaron a la casa de diversión de Rosa Angélica Henao, situada en el segundo piso de la casa número 5B-27 de la calle 35 de la ciudad de Pereira, tomaron como compañeras a Luz Dary Henao Sánchez y Marta Lucía Ospina y se sentaron alrededor de una mesa para consumir licores. Poco después aparecieron Jorge Elías Salguero Zgaib, Darío López Barbosa y Luis Restrepo y ocuparon otra mesa dentro del mismo salón principal, en compañía de la dueña Rosa Angélica Henao. Roberto Sampayo se durmió, quedando con las piernas estiradas, con las cuales se enredó Salguero cuando quiso asomarse a la ventana para observar su vehículo estacionado al frente. Salguero creyó que se trataba de una provocación de Sampayo y reaccionó sacando una arma de fuego y haciendo un disparo, después un lance confuso del que resultó herido Carlos Julio Fajardo, quien murió en la Clínica de los Seguros Sociales.

El proyectil entró por el antebrazo izquierdo, y, penetrando también al tórax afectó el lóbulo pulmonar izquierdo, la cavidad abdominal, el estómago y el hígado. La muerte se produjo por desequilibrio electrolítico y peritonitis aguda, según la diligencia de necropsia.

El auto calificador de las diligencias sumarias llamó a responder en juicio a Jorge

Elías Salguero por homicidio simple, según la descripción del artículo 362 del Código Penal.

Al jurado se le propuso la siguiente cuestión única:

"El procesado Jorge Elías Salguero Zgaib, de las condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber dado muerte con intención de matar a Carlos Fajardo Londoño, mediante el empleo de arma de fuego de corto alcance (pistola), hecho acaecido a las doce y media de la madrugada del 30 de marzo de 1969, en la casa de prostitución denominada 'Las Bikinis', ubicada en la calle 35 con carrera 6ª de la ciudad de Pereira?".

El jurado contestó en forma unánime:

"Sí ocasionó la herida pero no es responsable de la muerte".

Interpretando la situación jurídica consiguiente, el Juzgado Veinte Superior del Distrito Judicial de Bogotá absolvió al procesado, pero el Tribunal, en el fallo que es materia del presente recurso, revocó, como está dicho, ese proveído y en su lugar dispuso, aunque sin citar el artículo 365 del Código Penal, la pena correspondiente al homicidio preterintencional.

La demanda de casación

Esta impugna la sentencia acogiéndose a la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues a juicio del actor se pronunció dicho fallo en desacuerdo con el veredicto del jurado. En demostración del motivo aducido dice que los jueces de conciencia tuvieron la intención de exonerar totalmente la responsabilidad del procesado frente a todos los tipos de homicidio descritos en los artículos 362, 363, 364, 365, 366, 368, así como de la forma culposa de tal infracción. Al declarar a Salguero autor de la lesión pero sin responsabilidad en la muerte de Carlos Fajardo Londoño, el jurado consideró que la responsabilidad penal "solamente se refería a un delito de lesiones personales cuyo juzgamiento no es de competencia de los jueces populares, los que por otra parte estaban inhibidos para condenar por este delito que es de competencia de los Jueces de Circuito".

Después de examinar los distintos planteamientos hechos en la audiencia pública, entre los cuales figuró precisamente el del homicidio ultraintencional, el jurado se pronunció por la fórmula de que se ha dado cuenta, fórmula que no es precisamente la de esta clase de infracciones, como lo entendió erradamente el Tribunal.

En estas condiciones, "la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto del jurado de conciencia, puesto que el pensamiento de éste fue negar la responsabilidad de Jorge Elías Salguero de cualquier título de delitos de homicidio. El jurado tuvo muy en cuenta que la muerte le sobreviene al sér humano en forma intencional, culposa, preterintencional, concausal y piadosa". La respuesta dada excluye los anteriores supuestos y de allí su oposición con el fallo, en el cual, "se le dedujo indebidamente al procesado la responsabilidad por un homicidio preterintencional, como si la lesión hubiese sido la causa directa, sola y única de la muerte de Fajardo Londoño, o como si la grave omisión de la pericia médica llevada hasta el último extremo de la imprudencia y el descuido, no hubiera sido la causa de que muriera a consecuencia de una peritonitis".

Concluye solicitando se invalide la sentencia y se dé cumplimiento al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, numeral 2º, dictando la que deba reemplazarla.

Invoca también el libelista la causal primera del artículo 580 del estatuto procesal, cuerpo primero, pues a su juicio el fallo viola la ley sustancial "por aplicación indebida de los artículos 362 y 365 del Código Penal, y por no haber aplicado debidamente el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal".

Como sustento de este segundo motivo de impugnación, dice:

"La sentencia que debía pronunciar la Sala Penal tenía que ser confirmatoria de la de primera instancia, que, dándole cumplimiento al artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, acogió el veredicto y por ende absolvió al procesado". Luego agrega:

"Fue indebidamente aplicado el artículo 365 del C. Penal porque el veredicto al manifestar que el procesado sí ocasionó la lesión pero no era responsable de la muerte de Fajardo Londoño, desconoció que éste la hubiera 'ocasionado', así se le dé a este verbo el significado de causa o autor. La H. Sala no podía desestimar la prueba o interpretarla erróneamente, sobre todo aquella relacionada con el recorrido del proyectil en el cuerpo del occiso, la grave impericia de los médicos al explorarlo, la deficiencia notoria de los medios de tratamiento, y la ya inútil intervención quirúrgica a que lo sometieron cuando la peritonitis había hecho su agosto en el abdomen.

"Y también se violó el artículo 362 del C. Penal, porque fue la norma que sirvió para derivar el tanto de pena".

Concluye: "El sentenciador, al aplicar los artículos 362 y 365 del Código Penal, sin tener en cuenta que resultaban inaplicables por la negativa de la responsabilidad del procesado dada por el jurado, quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, norma donde se exige la responsabilidad penal para poder dictar sentencia condenatoria, y violó en forma indirecta la ley sustancial por indebida aplicación que hizo de los ya citados artículos 362 y 365. Asimismo violó, por no aplicación, el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, norma que había que respetar en virtud del sentido claramente absolutorio del mismo veredicto".

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal recapitula las distintas argumentaciones de que da cuenta el acta de audiencia pública, recuerda que el Fiscal manifestó su desacuerdo con la calificación del homicidio voluntario reconocida en el auto de proceder y aceptó que el sindicado no tuvo la intención de matar. También recuerda que la parte civil, en términos generales, refrendó la opinión del Ministerio Público, en cuanto éste dijo que se trataba de un homicidio preterintencional. Finalmente observa que la defensa planteó al jurado varias soluciones, así: 1. "Sí ocasionó la herida en defensa subjetiva de su persona, pero no es responsable de la muerte"; 2. "Sí ocasionó la herida, pero no es responsable de la muerte"; y 3. "Sí ocasionó la lesión, pero en estado de ira causada por grave e injusta provocación, pero sin intención de matar". La respuesta fue afirmativa para la segunda cuestión.

Siendo el jurado soberano para apreciar los hechos sometidos a su consideración, como ha expresado reiteradamente la Corte, debe examinarse el veredicto para interpretar su contenido, respetándolo, afirma el Procurador. De esta suerte se tiene que al reconocer a Jorge Elías Salguero como la persona que ocasionó la herida, lo declaró autor del hecho material. Pero al negar su responsabilidad en la muerte, significó el veredicto "que ese resultado no fue consecuencia del comportamiento del agente, naturalmente para los fines penales".

Agrega el Procurador: "Decir, por tanto, 'sí ocasionó la herida, pero no es responsable de la muerte' y atribuirle al sindicado responsabilidad por el resultado muerte, lleva a un inobjetable desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, porque absolvió al acusado por el homicidio. El homicidio preterintencional es un delito específico, con entidad propia, que lo individualiza de los demás, y por tanto para que se reconozca en la sentencia es necesario que el jurado comprenda en su respuesta sus elementos constitutivos, lo que no ocurrió en este evento porque el veredicto negó rotundamente la responsabilidad por la muerte".

No habiéndose acogido por el Tribunal la petición del Fiscal para que el veredicto se declarara contraevidente, mejor dicho, aceptando la realidad como se ha presentado en este recurso extraordinario, la Procuraduría Delegada conceptúa que el primer cargo es válido y por ello solicita se case la sentencia recurrida para resolver en consonancia con la decisión del jurado. Es esta la petición expresa:

"En razón de lo expuesto, la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal coadyuva la solicitud formulada por el recurrente, al amparo de la causal segunda de casación, y, por tanto, en forma respetuosa solicita a la H. Corte Suprema de Justicia casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Jorge Elías Salguero

Zgaib y en su lugar dictar fallo absolutorio por el homicidio en Carlos Fajardo".

Respecto del segundo cargo dice el Agente del Ministerio Público que no hay necesidad de estudiarlo, anotando, de paso, que "no se ajusta a la técnica propia de este recurso extraordinario". Y no hay necesidad de estudiarlo debido a que el primer cargo prospera.

Consideraciones

1. Un veredicto en causa de homicidio pronunciado en los siguientes términos: "Sí ocasionó la herida, pero no es responsable de la muerte", es francamente absolutorio, pues, en su primera parte, afirma apenas la causalidad material por la lesión producida, atribuyéndola a la conducta del procesado, pero en la segunda niega la atribución jurídica, que consiste en la responsabilidad por la muerte. En estas condiciones desaparece toda consecuencia penal a cargo del imputado.

2. Si el fallo no reconoce aquella situación, se sitúa en abierta pugna con lo resuelto por los jueces de conciencia, cuya decisión debe ser respetada si no se halló mérito para declarar su contraevidencia. El sistema procesal instituye en causal de casación la discordancia o desarmonía entre el veredicto y la sentencia (numeral 2º del artículo 580), junto con la falta de consonancia entre ésta y los cargos formulados en el auto de proceder; y lo hace a fin de corregir, como lo dice la jurisprudencia que ahora se reafirma, la equivocada resolución de "una situación jurídica distinta de la reconocida en una de esas dos piezas fundamentales del proceso" (casación, 9 de mayo de 1969, G. J. T. CXXX, pág. 253).

3. El veredicto recaido en esta causa no puede convertirse en condenatorio, trasladando su sentido al homicidio preterintencional, porque éste es un tipo especial que, aunque toma de la figura básica descrita en el artículo 362 algunos de sus caracteres precisa de elementos modeladores de su autonomía, que no fueron afirmados por el jurado. Para admitir esta figura es necesario un reconocimiento expreso del jurado, bien porque se haya planteado así el problema desde el auto de proceder, bien porque el tribunal de conciencia, haciendo uso de la amplitud que le da la ley, lo diga en su respuesta al cuestionario. Habiéndose negado completamente la responsabilidad por el homicidio, en forma tan simple pero tan rotunda hay que concluir que esa negativa incluye toda suerte de homicidios, de manera que no es jurídico absolver en relación con la figura básica del artículo 362 y condenar por una de las especiales.

4. El fallo impugnado hace esta traslación, sin que exista base jurídica para hacerlo, pues inclusive al jurado se le insinuaron otras respuestas, entre ellas la del homicidio preterintencional, sin que las aceptara, antes bien, pronunciándose en la forma de que se da cuenta, es decir, en favor de la absolución del procesado. En estas condiciones, corresponde a la Sala proceder consecuentemente, en armonía con el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

5. Como prospera la causal segunda invocada, fundada en el desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado, no es necesario estudiar el segundo motivo de impugnación aducido con arreglo a la causal primera del artículo 580 del estatuto procesal, como lo dice el Procurador, con cuyo concepto está plenamente de acuerdo la Sala.

Fallo

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada el 20 de enero de 1972, en la cual condenó a Jorge Elías Salguero Zgaib a la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio en Carlos Fajardo, y en su lugar absuelve al procesado de dicha imputación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSION

Para la estructuración de esta figura delictiva es indispensable que exista un sujeto pasivo perfectamente determinado. — Si esta persona no aparece, ni es identificable, se rompe o deja de existir el necesario vínculo que exige la norma, pues sería inconcebible un abuso en abstracto sin que nadie lo sufra y pueda indicarlo a la justicia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Por vía de apelación que interpuso el apoderado del sindicado, revisa la Sala el auto del 30 de junio del año en curso, en el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decretó la detención preventiva de Alfredo Paredes Salazar, por el delito de concusión que se le atribuyó en su carácter de Juez Primero Penal de Instrucción Aduanera. La misma providencia dispuso solicitar la suspensión del funcionario para hacer efectiva la medida precautelativa, suspension que cumplió el Tribunal Superior de Aduanas en la debida oportunidad.

Contra el auto de detención interpuso el apoderado del sindicado el recurso de reposición, que le fue denegado en providencia del 29 de julio, suscrita por la mayoría de la Sala de Decisión, pues uno de los Magistrados salvó el voto sosteniendo la ilegalidad de la detención decretada. En subsidio, se concedió la alzada.

Se ha agotado el trámite para resolver en esta segunda instancia, habiéndose escuchado al apoderado del sindicado y al Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Los puntos de vista de uno y otro, enfocados hacia la revocatoria del auto de detención, se extractarán y examinarán adelante.

Está acreditada, por los medios legales, la calidad de juez del sindicado, de modo que por este aspecto, la Corte tiene competencia para decidir lo pertinente.

Antecedentes

En memorial ratificado bajo juramento el 31 de enero de 1972, el abogado Eduardo Carvajalino Cabrales, con tarjeta profesional número 4034, denunció al Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera, Alfredo Paredes Salazar y al secretario Leonel Mondragón, por el delito de concusión. Como hechos constitutivos de la ilicitud presentó los siguientes:

1. El 2 de abril de 1971, a eso de las cinco y media de la tarde, cuando el denunciante se encontraba en las oficinas de los Juzgados de Aduanas, Alfredo Paredes Salazar le pidió el servicio de hacerle cambiar un cheque de tres mil pesos, girado por un pariente que le había prestado el dinero. Esta petición habría sido hecha en presencia de David Aljure Borda.

2. Agrega el denunciante lo que el juez le dijo y lo que él contestó: "A las 6 p. m., le mando a Leonel con el cheque para que él me lleve la plata, respondiéndole yo que con mucho gusto. El doctor Paredes me pidió ese favor porque con anterioridad yo le había comentado que en el edificio donde tengo mi oficina, había en el quinto piso una oficina de cambios de cheques y que a mí mientras llevara mi firma cambiaban cualquier cheque".

3. "Efectivamente, aproximadamente a las seis y diez minutos p.m., llegó a mi ofi-

cina el señor Leonel Mondragón con el mencionado cheque, o sea el número 3018-05 del Banco Industrial Colombiano, Avenida Caracas número 58-06, de fecha abril 2 del 71, yo lo firmé por detrás y envié con mi cédula y el cheque a la oficina 502 al señor Eduardo Jairo Mosquera Mendoza para que lo cambiara. Al traerme el dinero el señor Mosquera, o sea la suma de dos mil novecientos setenta pesos, porque descuentan el 1%, o sea treinta pesos, se lo entregué al señor Leonel Mondragon quien se había sentado a esperar, presenciando la entrega David Aljure, el doctor Carlos Ortiz, el doctor Oscar Osorio y el mismo Jairo Mosquera Mendoza".

4. En los días 6 o 7 de abril de 1971, Jorge Tarazona, propietario de la Oficina de Cambios, se presentó "para mostrarme el cheque y decirme que había sido devuelto por fondos insuficientes. Al pasar ese día por los Juzgados de Instrucción de Aduanas le avisé a Leonel Mondragón que el cheque había salido sin fondos", cosa que extrañó al secretario, a quien pareció raro el caso, pues se trataba de un negocio "cuadrado" por el juez Paredes con el girador Roberto Suárez a fin de que le fuera devuelto a éste un automóvil "Volkswagen" decomisado como de contrabando. El negocio habría sido por la suma de seis mil pesos y el cheque representaba la mitad de esa suma.

5. El denunciante Carvajalino sacó una copia fotográfica del cheque y la guardó en su poder. El instrumento fue cancelado por el Banco, una vez aportados los fondos por el cuentahabiente Roberto Suárez, cuyo nombre completo, suministrado en su declaración de folios 19 y siguientes, es Roberto Salustiano Suárez Olano.

6. En el referido escrito de denuncia, Carvajalino pidió al Tribunal se ordenara la práctica de pruebas, que enumera por aparte, y el Magistrado sustanciador, efectivamente, las decretó en los puntos tercero, cuarto y quinto del auto de 1º de febrero de 1972, en el que ordenó abrir la investigación.

7. En ampliación de la denuncia efectuada el 24 de marzo de 1972, ante el Juez Trece de Instrucción Criminal de Bogotá, Carvajalino Cabrales agregó que tenía la copia fotográfica de un recibo firmado por Leonel Mondragón, "porque tuve el cuidado de exigirle recibo cuando le hice la entrega del dinero del referido cheque con destino al doctor Alfredo Paredes Salazar", pero no entregó ese documento dando esta explicación: "En el momento no está conmigo esa fotocopia, pero la presentaré en el momento mismo en que se celebre el careo entre Leonel Mondragón y el suscrito", diligencia que todavía no había sido decretada.

Se recibieron las declaraciones de David Aljure Borda (folio 75 y s.s.), de Jairo Mosquera Mendoza, ambos empleados de Carvajalino (folio 105 y s.s.), Oscar Antonio Osorio (folio 140), Roberto Salustiano Suárez (folio 170) y Myriam Bolaños, secretaria del último de los citados, se oyó la exposición indagatoria del sindicado quien voluntariamente se presentó para rechazar los cargos y dar explicaciones sobre los torcidos designios del denunciante. Se recibió la declaración del secretario del Juzgado, de quien se dice que recibió el dinero proveniente de la operación. También se practicaron distintos careos, una inspección al proceso por contrabando, en el que figuraba el automóvil "Volkswagen" y con base en estas pruebas y un cotejo de letras se produjo el auto que se revisa y la negativa de reponerlo.

Bases del auto recurrido

El auto recurrido reconoce que el juez Paredes intervino en unas diligencias previas contra Salomón Kalmanovitz, iniciadas el 20 de enero de 1971 y concluidas el 1º de julio del mismo año, según la diligencia de inspección judicial que figura a folios 63 y siguientes del cuaderno principal y que, efectivamente, el denunciante Eduardo Carvajalino Cabrales y el testigo David Aljure "presenciaron la entrega del cheque por tres mil pesos, en la parte interior del edificio donde funciona el Juzgado de Instrucción de Aduanas y pudieron oir las palabras del doctor Paredes sobre envío del secretario en las primeras horas de la noche del 2 de abril de 1971, a recibir el dinero correspondiente".

También acepta que Carvajalino y Aljure, "ante el reclamo formulado por el fracaso en el pago del instrumento la primera vez

de presentado, ya frente a Mondragón, éste hizo multitud de revelaciones a sus dos circunstantes y se quejó de que Paredes no lo retribuía". Agrega que aunque "el cargo de haber sido el juez el encargado de entregar el cheque a Carvajalino, en presencia de Aljure, pudiera demeritarse, por la ruptura de relaciones habida luego entre éllos, y tildarse el dicho del duo Carvajalino-Aljure de ausente de toda credibilidad", el argumento se desbarata con indicios que conducen a establecer la relación entre la entrega del vehículo y el recibo de los tres mil pesos. Tales indicios son:

a) El juez Paredes tuvo una conversación entre Suárez, un hermano de éste y otros amigos, en "reunión de alta significación" cuando las diligencias del Juzgado habían sido archivadas, "más o menos en octubre", lo cual evidencia que el juez algo buscaba con la entrevista "y que ella no tuvo relación únicamente con el consumo de bebidas embriagantes, sino que tocó el tema del arreglo a que se refirió el secretario de Paredes, en presencia de Carvajalino y Aljure";

b) Al comparar las letras del cheque con las que corresponden a otros instrumentos girados por Leonel Mondragón, se encuentra una evidente similitud, lo mismo que con las muestras tomadas en la Secretaría del Juzgado. Y esta similitud aparece "sin necesidad de poseer atributos de grafólogo", mision que asume el Tribunal por su propia cuenta, a pesar de que había decretado la confrontación mediante peritos, prueba que no se ha producido;

c) El secretario Mondragón, a pesar de su pésima situación económica, adquirió un carro por la suma de ocho mil pesos, que le fue vendido por su jefe, el juez Paredes, y que comenzó a ser pagado con la prima de Navidad, en diciembre de 1971, pero esta versión es mentirosa porque "a los empleados en diciembre apenas les alcanza la prima para pagar deudas atrasadas y afrontar los gastos más urgentes de familia en ese mes fatídico". De donde deduce que "este hecho constituye un indicio grave de que se trata de una participación recibida por el subalterno de un negocio turbio, para conseguir en el futuro nuevos contratos ilícitos y nuevas participaciones del uno en favor del otro";

d) Las versiones de los acusados carecen de valor aunque confluyan a demostrar la enemistad existente entre el juez Paredes, de un lado, y el denunciante Carvajalino y el testigo David Aljure, del otro. Además, el secretario Mondragón fue visto varias veces en la oficina de Carvajalino gestionando cambios de cheques, lo que destaca la vinculación existente entre éllos.

No acepta el auto la explicación del girador, robustecida por la de su secretaria Myriam Bolaños, en el sentido de que el instrumento por tres mil pesos fue girado para cancelar la cuenta por compra de un brazalete al comerciante Humberto Rodríguez, a quien no se interrogó, para la esposa de Roberto Salustiano Suárez, y en manera alguna como contraprestación de un negocio ilícito. Por el contrario descalifica sin examen ninguno el testimonio de la secretaria Bolaños, estimando que ésta "se incorpora al grupo de gentes que pretenden engañar a la justicia, que distorsionan su escritura y que han sido previamente aleccionadas", y, en consecuencia, ordena investigar su conducta por los jueces competentes, así como la de Suárez y Mondragón.

Las mismas razones aparecen en el auto que negó el recurso de reposición.

El alegato del apoderado

Tanto en el memorial de reposición como en el que presentó a la Corte durante el término de fijación en lista, el apoderado del sindicado hace un recuento de los hechos que se investigan y de las pruebas que sustentaron el auto de detención, lo mismo que la providencia en la cual se dispuso no reponerlo.

Critica la forma como el juzgador de primer grado verificó el cotejo de las letras estampadas por el secretario Leonel Mondragón en algunas de sus escrituras, cotejo muy superficial a falta de la prueba que se había ordenado y que debía practicarse por peritos, en las condiciones del Código de Procedimiento Penal; y con relación a la

similitud descubierta entre los signos grafológicos de Mondragón y los del cheque por tres mil pesos, afirma que se trata de una suposición, "sin respaldo científico alguno", y que por eso no puede ser aceptada.

Revisa la posición del denunciante y la de su secretario David Aljure con el objeto principal de hacer ver la contradicción fundamental existente entre la denuncia y las ampliaciones posteriores de los cargos, hechas en declaraciones especiales y en diligencias de careo. Contradicción que consiste en haber afirmado, primero, que el cheque fue llevado a la oficina de Carvajalino por el secretario Mondragón, para repetir después que ese instrumento fue recibido por él de manos del juez Paredes. En igual forma se pronuncia respecto de la tardanza en denunciar el delito presunto, cosa que ocurrió sólo cuando Paredes había puesto en conocimiento de la justicia militar actividades delictuosas atribuidas a Carvajalino y Aljure.

Este último, lo mismo que los otros sujetos llevados a declarar, son personas vinculadas estrechamente al denunciante Carvajalino, de modo que por este aspecto sus declaraciones son sospechosas, como es sospechosa la existencia del recibo firmado por Mondragón, ya que éste niega el hecho y, de otra parte, no se ha autenticado la fotocopia que tardíamente presentó el denunciante.

Leonel Mondragón ha negado ser el autor de los signos estampados en el cheque, al paso que Myriam Bolaños ha afirmado que fue ella quien hizo el instrumento y se lo presentó a la firma de Roberto Suárez, para cancelar la compra de una joya destinada a su esposa. También "el girador del cheque, Roberto Suárez, jura por su honor, por todo lo que es más caro en la vida, que jamás le entregó ese cheque al doctor Paredes, que no ha tenido ninguna clase de negocios con él, que no lo conocía para el mes de abril de 1971, pues solo lo vino a conocer accidentalmente en octubre del mismo año, y sin embargo se vienen a aceptar suposiciones tendientes a establecer a la postre que dizque él lo habría constreñido o inducido a entregarle tal instrumento".

Observa igualmente el apoderado que, de dársele valor a las declaraciones aportadas, sólo se establecería el recibo por parte del juez Paredes de un cheque girado por Roberto Suárez, "pero tal hecho no sería indicio suficiente para fundar otro indicio como sería el de inferir que ello hubiese sido fruto de actuación ilícita".

Fuera de ésto, dice el apoderado, el cheque está girado el 2 de abril de 1971 y el vehículo se entregó el 19 de julio de 1971, o sea, tres meses y diez y siete días después. "¿Cómo es posible establecer correlación entre esas dos circunstancias tan distanciadas en el tiempo? ¿Qué relación directa puede tener un cheque de abril con una providencia de julio? Y basta leer el expediente para darse cuenta que no solamente falla la relación cronológica sino la causal. Porque entre el mes de abril y el 19 de julio se interponen numerosas actuaciones tendientes a esclarecer la verdad. En ese interregno el Juzgado del doctor Paredes viajó a Valledupar, practicó inspecciones en la Dirección de Tránsito y Transportes de esa ciudad, designó peritos, hizo reconocimientos del vehículo, estudió los dictámenes, los puso en conocimiento de las partes, hasta que por fin y mediante el lleno de todas las formalidades legales decretó la entrega del automóvil".

Después de razonar sobre otras cuestiones concordantes con las sintetizadas antes, el apoderado pide la revocatoria del auto de detención, pues los testigos de cargo no ofrecen serios motivos de credibilidad, como lo estimó el auto que se revisa.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal revisa cuidadosamente los antecedentes del proceso, a partir de la denuncia del abogado Carvajalino y entra al fondo de la prueba aportada, o sea a las declaraciones de David Aljure, "dependiente del profesional denunciante, quien declaró al día siguiente de la ampliación de la querella y corroboró en todos sus detalles la versión de Carvajalino"; a la de Jairo Mosquera, mensajero; a la del estudiante Joselín Carvajal y a la de Oscar Osorio, amigo de Carvajalino, quienes afirmaron "haber presenciado la entrega del dinero de Mondragón en la oficina del abogado y la firma de un recibo por parte de aquél".

Leonel Mondragón "primero como testigo y luego como sindicado, rechazó categóricamente los hechos que se le atribuyen, negó que el doctor Paredes le hubiera hecho entrega de un cheque para que Carvajalino lo cambiara y tampoco admitió se hubiera presentado a su oficina con el mismo objeto, pues afirma no conocerla. Negó también que en charla confidencial le hubiera contado a Carvajalino y a Aljure intimidades del proceso en que tenía interés un hermano de Roberto Suárez... Declaró que la firma que aparece en el recibo, cuya fotocopia obra en autos, no es la suya, y que al parecer se trata de una composición fotostática hecha con ánimo de perjudicarlo".

El Agente del Ministerio Público examina también la indagatoria del acusado en cuanto en élla informa de las presiones de Carvajalino y Aljure para que se pusiera al servicio de éstos, de la campaña publicitaria desatada en su contra, del grave incidente protagonizado en una reunión a la que asistieron varios funcionarios de Aduanas, de su detención y de la de su esposa en las dependencias de la Policía Militar, de las denuncias formuladas contra Carvajalino y Aljure por extorsión y chantaje y de las amenazas telefónicas de que ha sido víctima.

También se refiere al testimonio de Roberto Suárez, girador del cheque, quien reconoció su firma y la finalidad perseguida con ese instrumento, que no fue la operación denunciada, así como el de Myriam Bolaños, quien reconoció haber llenado el instrumento para el pago de una pulsera.

De todo lo anterior, concluye la vista fiscal que Carvajalino y Aljure, desde tiempo atrás, eran enemigos enconados del juez Paredes, enemistad "que hizo explosión en la reunión celebrada en casa del señor Arturo Arenas, tres meses antes de la denuncia"; que el denunciante guardó silencio injustificado por más de diez meses; que la querella fue formulada días después de que el juez Paredes pusiera en conocimiento de las autoridades militares las graves amenazas y presiones de que había sido objeto por parte de Carvajalino y Aljure; que aquél se contradice gravemente de sus afirmaciones y que no se justifica el hecho de haberse reservado el recibo atribuido a Mondragón para mostrarlo solo en determinado momento del proceso; que la apreciación del juzgador, en ausencia del dictamen pericial, en relación con los grafismos del secretario del Juzgado, no son sino "meras suposiciones, pues no hay prueba sobre la entrega del cheque por Suárez y no hay certeza de que Mondragón hubiese llenado el cheque".

Contiene la vista estas dos apreciaciones:

1. "No encuentra este Despacho en el informativo una declaración testimonial que le merezca serios motivos de credibilidad. A más de la probada animosidad del denunciante y de David Aljure respecto del Juez Paredes, las demás declaraciones llegadas al informativo provienen de personas vinculadas por uno u otro motivo al abogado Carvajalino. Y el testimonio de éste todavía ofrece menos seriedad, porque su acusación es contradictoria y, como ya se ha expuesto en otras piezas procesales, resulta inexplicable la conducta del denunciante de conservar en su poder documentos que en su opinión eran indicativos de un delito perseguible de oficio y sin embargo demorarlos diez meses para hacerlos llegar a la justicia. ¿Cuál la razón o motivo de tan larga espera?

"Tampoco encuentra este Despacho un hecho en el informativo considerado calificado como indicio grave".

2. "No desconoce este Despacho el hecho de que por la época en que se giró el cheque, el Juez Paredes instruía una averiguación preliminar en relación con un vehículo de propiedad de un hermano del girador del instrumento pero, como bien se explica en el salvamento de voto del Magistrado disidente y en el alegato de la defensa presentado ante esta Corporación, no se ve relación entre un acto cumplido en abril de 1971 y una actuación judicial realizada tres meses y medio después, observando que esta última fue notificada al respectivo Agente del Ministerio Público quien la consintió (fl. 63). Tampoco, hasta el momento, se ha establecido relación entre los hechos denunciados y el encuentro ocurrido en octubre del año citado entre el juez Paredes y el girador del cheque, para configurar un indicio calificado como grave por tanto sufi-

ciente para sostener el auto de detención. Por último, anota la defensa, no se ha probado hasta ahora —en la hipótesis de aceptar la acusación— si la exigencia del dinero provino del funcionario, o éste aceptó la oferta de los interesados o si fue en otras circunstancias, todo lo cual, como bien se sabe, decide el tipo delictivo al cual deben acomodarse los hechos".

En definitiva, no encuentra la Procuraduría que exista fundamento probatorio para mantener la detención preventiva del juez Alfredo Paredes Salazar, y pide la revocatoria del auto recurrido.

Consideraciones de la Corte

1. El abuso de autoridad expoliativo descrito en el artículo 156 del Código Penal, requiere un sujeto pasivo perfectamente determinado, que es la persona a quien el funcionario incita o engaña a fin de que le prometa la entrega de dinero o de cualquier otra utilidad. La conducta del concusionario afecta, de un modo general, la pureza, imparcialidad y decoro de la administración pública, pero no puede desconocerse que este efecto se produce a través de una lesión jurídica particular representada por las maniobras tendientes a obtener el beneficio ilícito para el empleado o para un tercero.

2. Cualquiera que fuere la forma del abuso del cargo o de la función, siempre debe haber una víctima de él, o sea, "alguien" que se haya visto determinado a conceder lo que se le exige o a prometerlo en tiempo, oportunidades o condiciones futuras. Si esta persona no aparece, ni es identificable, se rompe o deja de existir el necesario vínculo que exige la norma, pues sería inconcebible un abuso en abstracto, sin que nadie lo sufra y pueda indicarlo a la justicia. Los verbos nucleares constreñir e inducir traducen el cumplimiento de actividades positivas del agente, tendientes a un fin inequívoco, cual es el de aprovechar su posición en detrimento de intereses o derechos ajenos concretos.

3. La acusación formulada contra el juez Alfredo Paredes Salazar es la de haber recibido un cheque por la suma de tres mil pesos girado por Roberto Salustiano Suárez como pago parcial de la suma convenida o exigida para entregar un vehículo decomisado por las autoridades aduaneras como de contrabando y puesto a disposición del funcionario. Pero ocurre que el girador Suárez al explicar la procedencia del cheque, reconoce su firma y dice que con él se pagó la compra de una pulsera para su esposa, hecho corroborado por Myriam Bolaños, quien en su calidad de secretaria de Suárez, preparó el instrumento. El girador sostiene y reafirma que jamás ha tenido negociaciones de ninguna índole con el juez Paredes y que tampoco ha sido víctima de requerimientos para que entregue dineros o para que prometa utilidades futuras a cambio de la devolución del vehículo, que ni siquiera era de su propiedad, sino que figuraba a nombre de su hermano. Fuera de ésto, resulta que el automóvil no era de contrabando pues el proceso acredita que, habiendo sido reconstruido siguiendo el procedimiento legal, debía entregarse, como se entregó, a quien presentó los documentos justificativos de ese acto.

4. Si, acogiéndose a las normas aduaneras, se reconoció que el vehículo no era mercancía fraudulenta, y hubo de devolverse a su dueño, no se ve causa ni razón alguna para el supuesto ilegítimo comercio, o para las hipotéticas exigencias del funcionario, postuladas como cargos e infirmadas en el proceso.

5. La sola consideración de que la persona señalada por el denunciante como víctima del constreñimiento o de la inducción, rechace esa situación y explique que ni remotamente ha recibido exigencias del funcionario acusado, bastaría para declarar que el requisito básico de la infracción no ha existido y que por eso es ilegal el auto mediante el cual se dispuso detener al juez Paredes por el delito de concusión a que se contrae el artículo 156 del estatuto represor. Ninguna otra prueba milita válidamente en contra de las explicaciones de Salustiano Suárez. Antes bien, éstas se consolidan con el testimonio de Myriam Bolaños, a quien el auto impugnado, sin elemen-

tos que autoricen la orden impartida, considera que ha incurrido en falso testimonio.

6. Los medios incriminatorios del juez Paredes, como son la acusación de Eduardo Carvajalino y de su secretario David Aljure Borda, secundada por otras de empleados y compañeros de éstos, carecen de todo mérito. Hay que tener en cuenta que Carvajalino no sólo es testigo sino un denunciante; más aún, una persona que en el acto de la denuncia pide al instructor pruebas en contra del denunciado. Este solo hecho indica que no es un declarante apto y que tiene interés en que la justicia extreme las medidas en contra del inculpado. Fuera de lo anterior, hay que tener en cuenta la dilación inexplicable para denunciar el hecho, cuestión que sugiere este planteamiento: si verdaderamente hubo delito, el tardío denunciante debe ser investigado por los jueces competentes acerca del porqué, a sabiendas de su existencia, dejó transcurrir diez meses para cumplir ese deber. Además, no es pequeña la contradicción en que incurre cuando, en primer lugar, afirma haber recibido el cheque de Leonel Suárez, y luego decir que lo recibió del propio juez Paredes. Ni es tampoco de escasa monta la no presentación del recibo firmado por el secretario del juez, aviso que suministra mucho más tarde y, con todo, solo entrega en fotocopia cuando le parece conveniente y no cuando lo requiere la investigación. Finalmente, hay que anotar, en demérito de la acusación, que la fotocopia carece de autenticidad y no puede por eso ser tomada en cuenta, por sí sola, lo mismo que la grave enemistad entre Carvajalino y el doctor Paredes, acreditada con sus propias declaraciones, y por otros medios, en forma plena. La denuncia fue un acto reactivo por la que presentara el nombrado Paredes ante la Justicia Penal Militar, pocos días antes, y de la cual se deducían cargos contra Carvajalino y Aljure.

7. El testimonio de David Aljure Borda tampoco ofrece serios motivos de credibilidad, porque viene de persona enemistada previamente y en forma grave con el juez inculpado. Tanto, que en su declaración se permite pedir pruebas en contra del funcionario, actitud insólita en un testigo. Además, el declarante en su marcado afán acusatorio, relata, con entera precisión, que el secretario del Juzgado recibió la suma de dos mil novecientos setenta pesos, "en billetes de diferentes denominaciones"; e informa, con memoria sorprendente, que el automóvil retenido por la Aduana y enviado al Juzgado tenía las placas N-1104, así como da cuenta de que el vehículo comprado por la señora del juez Paredes tiene placa ES-1-02-67, de Soacha. A todo lo cual se agrega que era dependiente de Carvajalino; que se comunicaba con él simpatías y antipatías hacia los demás, y, en fin, que se reparten entre ellos los emolumentos provenientes de sus gestiones ante las autoridades de Aduanas.

8. Comparte la Sala las apreciaciones del Procurador, ya transcritas, en el sentido de que Jairo Mosquera y Oscar Osorio, apénas se refieren a un aspecto de los acontecimientos que se pretenden ocurridos y que sus asertos provienen de personas vinculadas por uno u otro motivo al abogado Carvajalino. Si éste, que es el principal interesado en la presentación de los hechos a la justicia y en probar las actividades ilícitas del funcionario acusado, como Aljure, falla en sus informaciones fundamentales. no puede admitirse que sus subalternos traten de completar o de corregir algunos defectos de la acusación.

9. En las condiciones expuestas, se repite, no se ha comprobado hasta ahora el delito de que se viene haciendo referencia, y de allí el que, en acuerdo con el Agente del Ministerio Público, la Corte tenga que revocar en todas sus partes el auto recurrido.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA en todas sus partes el auto de 30 de junio de 1972, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia, y ORDENA la libertad incon-

dicional del sindicado, Alfredo Paredes Salazar, lo mismo que la cancelación de la orden de captura que se libró en su contra, para lo cual se enviarán los oficios correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA

No basta, para gozar del fuero, que el procesado pertenezca al personal uniformado de la Policía Nacional y que en el momento de incurrir en los hechos presuntamente delictuosos pese sobre él la obligación de prestar un servicio concreto. — Es necesario además, que los hechos ocurran "en relación con el servicio", por su causa, con ocasión de su cumplimiento, o por razón de las funciones inherentes al cargo desempeñado por el agente, cuyas hipótesis le exigen estar él personalmente en capacidad consciente de cumplir con el servicio o de ejercitar las funciones de su cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 24 de noviembre de 1972.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado Elio Coronel contra la sentencia del Tribunal Superior Militar por medio de la cual el día tres de febrero de este año confirmó la primera instancia y lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable de homicidio intencional en la persona de Antonio Prada Rondón, hecho ocurrido el 18 de abril de 1964.

Hechos y actuación procesal

"Aparece en autos que el 18 de abril de 1964, aproximadamente a las 22:30, el agente de la Policía Nacional Elio Coronel hizo su entrada a la cantina denominada 'Centro de Amigos' sita en el lugar denominado 'La Parada' —puente internacional—, en jurisdicción del municipio de Villa del Rosario de Cúcuta (Norte de Santander) y en estado de embriaguez se acercó a la mesa donde departían Antonio Prada Rondón, Arturo Díaz León y las mujeres Lucila Cetina y Alix Carvajal Mejía, pidiéndole al primero de ellos licencia para bailar con la última de las nombradas. Como Prada Rondón diera su negativa, se produjo una discusión entre éste y el agente, lo que dio lugar a la intervención de los asistentes a fin de evitar una riña entre ambos. El representante de la autoridad desenfundó el revólver de dotación oficial y ante las personas asistentes hizo un disparo subiéndose al mismo tiempo a un aparato refrigerador o congelador de bebidas. Una vez encaramado se dedicó a arrojar con los pies los envases de cerveza y a desafiar, revólver en mano, a los presentes. Al quedarse solo se dirigió a la cantina de al lado de propiedad de Pedro Elías Rodríguez y al encontrar en la puerta a Arturo Díaz León le disparó hiriéndolo en la mano. Acto seguido penetró al establecimiento y tras de amenazar con el arma a los presentes disparó varias veces sobre Antonio Prada Rondón. Inmediatamente —con palabras descomedidas— le pidió al propietario de la cantina la consecución de un vehículo para trasladarse al cuartel.

"A consecuencia de las heridas falleció Prada Rondón al día siguiente. Otros miembros de la Policía capturaron a las mujeres acompañantes del occiso así como Arturo Díaz que sufrió como ha quedado dicho lesiones en una mano.

El proceso

"Inició las primeras diligencias investigativas el señor Alcalde Militar del Municipio de Villa del Rosario con base en el informe que el 19 de abril le presentara el Comandante del Puesto de Policía del Puente Internacional, Cabo 2º Nicolás Espitia Cristancho. También para proferir auto cabeza del sumario tuvo en cuenta la denuncia que ante el mismo Alcalde presentara el señor Luis Prada Sierra padre de la víctima. En esta etapa investigativa se recopilaron al acta del levantamiento del cadáver, se recibió indagatoria a Alix Carvajal, Lucila Cetina, Arturo Díaz León y declaración a Pedro Elías Rodríguez y a Guillermo Rodríguez. Se dejó en libertad a las capturadas.

"Por Resolución 101 del 21 de abril la Jefatura de la Seccional de Instrucción Criminal del Ministério de Justicia —Departamento Norte de Santander— comisionó al Juzgado 302 de Instrucción Criminal para proseguir la investigación. Al día siguiente avocó el conocimiento y tras allegar a los autos el acta de la diligencia de autopsia, oir en declaración a Arturo Díaz León, Polo Uribe Torres, Pedro Elías Rodríguez Díaz, Alix Carvajal Mejía y Lucila Cetina, le recibió indagatoria al sindicado Elio Coronel a quien según documento —folio 42— expedido por los médicos legistas le fue señalada una incapacidad de diez días —con trastorno funcional transitorio— por herida producida en la cara externa de la pierna derecha con arma de fuego.

"Prorrogada la comisión por Resolución 119 del 11 de mayo, año 1964, el señor Juez 302 de Instrucción Criminal por auto de la fecha que acaba de citarse dispuso la detención preventiva de Elio Coronel y solicitó la suspensión en el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Agregadas la partida de nacimiento de la víctima y el acta de defunción, por auto del 23 del mismo mes de mayo fue aceptado el abogado Luis J. Romero Peñaranda como representante de la parte civil señor Luis Prada Rondón. Más tarde, el 25 de mayo se dispuso la práctica de una inspección judicial tendiente a la reconstrucción de los hechos.

"Vencidos los términos de instrucción y de comisión para el Juzgado, pasó el expediente al señor Juez 4º Superior de Cúcuta, quien por auto del 3 de julio de 1964 se declaró impedido. Aceptado el impedimento avocó el conocimiento el señor Juez 1º Superior quien en providencia del 4 de agosto del mismo año envió el proceso en comisión al señor Juez Municipal de Villa del Rosario, precisando las diligencias objeto de tal comisión. Reconocidas el acta de nacimiento y la partida de defunción de Prada Rondón, obtenido el pasado judicial y ampliadas las declaraciones de Arturo Díaz León y Polo Uribe Torres se realizaron los careos entre el procesado y los testigos Pedro E. Rodríguez, Polo Uribe Torres, Lucila Cetina, Arturo Díaz León y, finalmente, tuvo lugar la inspección ocular el día 2 de septiembre de 1964 fecha señalada previamente. Cumplida la comisión y perfeccionada en lo posible la investigación se declaró cerrada. De acuerdo con el concepto del Ministerio Público el 30 de noviembre del mismo año Elio Coronel fue llamado a responder en juicio por la muerte de Antonio Prada Rondón y las lesiones causadas a Arturo Díaz León. En la misma providencia se sobreseyó temporalmente respecto de las lesiones reconocidas a Elio Coronel y de manera definitiva en favor de Lucila Cetina y Alix Carvajal Mejía '...por todos los cargos que contra ellos aparecen dentro de este proceso' (sic). El 9 de diciembre se dispuso enviar en consulta al H. Tribunal Superior la providencia que acaba de mencionarse.

"El 19 de julio de 1965 y en consideración a lo dispuesto en el Decreto 1752 del mismo año, aclaratorio del 1705 de 1960, se remitió el expediente al Comando del Departamento de Policía 'Norte de Santander', en donde fue recibido el 28 del mismo mes. El 1º de septiembre siguiente se dispuso la convocatoria de un Consejo de Guerra Ordinario para puzgar a Elio Coronel. Sorteados los Vocales se celebró la audiencia del Consejo el 15 del mismo mes, resultando absuelto por unanimidad. El 26 de septiembre se produjo la sentencia acogiendo el veredicto. El H. Tribunal Superior Mi-

litar al revisar el fallo de primera instancia declaró la nulidad de todo lo actuado por el Consejo de Guerra Ordinario y dispuso la convocatoria de otro que vino a celebrarse el 28 de julio de 1967 resultando nuevamente absuelto por unanimidad el procesado. Por segunda vez al revisar el H. Tribunal Superior Militar la nueva sentencia, el 10 de marzo de 1970 declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 23 de septiembre de 1964 que declaró cerrada la investigación.

"Recibido el expediente en el Juzgado de Primera Instancia el 17 de abril de 1970, por auto del 1º de junio se declaró cerrada nuevamente la investigación y se ordenó el traslado al señor agente del ministerio público —Fiscal Militar Permanente—, quien el 12 del mismo mes conceptuó que debía llamarse a responder en juicio por el delito de homicidio y declarar prescrita la acción en cuanto al delito de lesiones personales. Oído el concepto de Auditoría de que trata el artículo 567 del Código Penal Militar, por Resolución número 0044 del 27 de julio del mismo año de 1970, se convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Elio Coronel. Celebrada la audiencia nuevamente, por unanimidad, fue absuelto y, por tercera vez al revisar el H. Tribunal Superior Militar el fallo de primer grado declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la formulación del cuestionario y dispuso la celebración de nuevo Consejo de Guerra. Recibido el expediente el 12 de febrero de 1971 y, '...en vista de la normalidad institucional actual del país...' se declaró cerrada la investigación, aplicando para ello el procedimiento ordinario de los Consejos de Guerra Ordinarios. Oído el concepto fiscal, por auto del 25 de febrero del mismo año 71, se dispuso que por haberse declarado turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional se diera aplicación una vez más a lo dispuesto en el artículo 567 del Estatuto Penal Castrense. Oído el concepto del señor auditor por Resolución número 043 del 29 de marzo del mismo año se convocó nuevo Consejo de Guerra Verbal que comenzó a sesionar dos días después, culminando con sentencia condenatoria acorde con veredicto emitido por unanimidad en tal sentido. Apelada la sentencia, por cuarta vez el H. Tribunal Superior Militar declaró nulo lo actuado a partir —inclusive— de la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra. Por auto del 4 de agosto de 1971, se dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto por el Superior, lo que tuvo lugar el 22 de septiembre del mismo año en que por Resolución número 176 se dispuso la convocatoria del nuevo Consejo de Guerra que se celebró entre la fecha que acaba de mencionarse y el 28 del mismo mes en que se produjo sentencia condenatoria acorde con el veredicto.

"Concedido el recurso de apelación, el H. Tribunal Superior Militar acorde con el concepto del Ministerio Público, por sentencia del 3 de febrero del año en curso —que hoy es objeto de examen por la H. Corte Suprema de Justicia en virtud del recurso extraordinario de casación— confirmó la de primer grado y se negó a declarar la nulidad solicitada por el defensor con base en el artículo 441 del Código Penal Militar". (Fls. 17 a 20 del Cuaderno de la Corte).

La demanda

Causal Cuarta. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Coinciden el recurrente y el Procurador Delegado para la Policía Nacional en hacer notorio que para la época del pronunciamiento de primera instancia se hallaba en vigencia el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, "que radicó en la Justicia Penal Militar la competencia para conocer con arreglo al Estatuto Penal Castrense, de los delitos cometidos por el personal de la Policía Nacional 'con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo'." Se dice asimismo que cuando se produjo el fallo de segunda instancia había entrado a regir el Decreto 2347 —reorgánico de la Policía Nacional— que en su artículo octavo limitó el fuero otorgado en materia penal al personal de la Policía Nacional y dispuso que únicamente los oficiales, suboficiales y agentes que incurrieren en violaciones de la ley penal en una cualquiera de las circunstancias prescritas por el artículo 11 del Decreto 1667, serían juzgados por la Justicia Penal Militar, de acuerdo con los ordenamientos del Código de la materia.

Se agrega por el recurrente que cuando el agente Elio Coronel cometió el delito de homicidio por el cual fue condenado se encontraba en estado de embriaguez, circunstancia reconocida por el denunciante y abonada por numerosos testimonios, cada uno de los cuales ha sido transcrito y comentado en sus respectivas exposiciones tanto por el recurrente como por el Procurador Delegado para la Policía Nacional, para deducir de ese hecho que por tal modo el procesado Coronel incurrió en la infracción que norma el artículo 153 del Código Penal Militar —"abandono del puesto"— y si tal hizo, "por haberse embriagado estando en servicio", mal podía haber cometido el delito de homicidio dentro de una cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, es decir, "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo".

Como consecuencia de lo anterior —se dice— si la conducta del procesado tuvo ocasión por fuera de aquellas circunstancias, su juzgamiento por la justicia castrense, tipifica la nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 441 del Código Penal Militar y, por lo consiguiente la sentencia de segundo grado fue dictada dentro de un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, originando al tiempo nulidad de orden supralegal que conculca más de uno de los principios fundamentales que se contienen en el artículo 26 de la Constitución Política.

Concepto del Procurador

Concreta la contestación al cargo en la forma siguiente:

"Del tenor literal de los artículos 11 del Decreto legislativo 1667 de 1966 —Ley 48 de 1967— y 8º del Decreto-ley 2347 de 1971, sin mayor esfuerzo de interpretación se entiende que el fuero otorgado, en la norma antigua a todo el personal de la institución Policiva y en la más reciente al personal uniformado de la misma, depende de tres requisitos a saber:

"a) Que el sindicado pertenezca a la Policía Nacional;

"b) Que al incurrir en la infracción esté en el ejercicio de funciones y atribuciones;

"c) Que el delito se haya cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo.

"En el expediente está plenamente demostrado que al cometer el delito de homicidio Elio Coronel tenía la calidad de agente de la Policía Nacional —folios 80, 81 y 82— y se encontraba en el ejercicio de funciones y atribuciones —folio 65— precisamente con la misión concreta de prestar servicio de vigilancia en la zona donde tuvieron ocurrencia los hechos y a la misma hora. Dándose los dos primeros factores, es necesario para determinar la competencia comprobar la existencia del tercero, es decir, si la infracción tuvo lugar en una cualquiera de las circunstancias establecidas en los artículos 11 del Decreto 1667 de 1966 y 8º del Decreto-ley 2347 de 1971, o, lo que es lo mismo, si la conducta se realizó '...con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo...'.

Afirma a continuación que para los fines que se propone demostrar, o sea, que el procesado no actuó dentro de ninguna de las circunstancias expresamente especificadas en el artículo 8º del Decreto antes citado, se hace necesario el examen de la prueba, "posible en este caso porque esa actividad no busca reabrir el debate para pronunciarse sobre la responsabilidad sino simplemente para precisar la competencia".

Seguidamente transcribe los apartes más destacados de las declaraciones de Pedro Elías Rodríguez, Arturo Díaz León, Polo Uribe Torres, Alix Carvajal Mejía, Lucila Cetina y otros, y de los careos adelantados entre diversos testigos y el procesado.

De lo anterior concluye que el agente Elio Coronel protagonizó los deplorables acontecimientos delictuosos que dieron origen a estas investigaciones "impulsado por su estado de embriaguez y por fines ajenos al cumplimiento del servicio", pues toda la prueba confirma la hipótesis de que el sindicado penetró a la cantina "cuando allí no existía motivo alguno que diera lugar a la intervención en el ejercicio de sus funciones", ya que su estado de embriaguez lo colocó en un estado de ánimo incompatible con el desempeño de las funciones que le fueron encomendadas.

Consideraciones

Es un hecho no discutible que el agente de la policía Elio Coronel salió de facción o de servicio el 18 de abril de 1964 entre las siete y las doce de la noche, al sector "La Parada", punto Pueblo Nuevo, en jurisdicción de Villa del Rosario, y que, una vez allí, penetró a diversos establecimientos de diversión e ingirió bebidas embriagantes, habiendo sido la embriaguez la causa principal del insuceso que culminó con la muerte de Antonio Prada y las heridas de Arturo Díaz León.

Esto dicho, resta examinar si en tales condiciones podía el procesado cumplir con las funciones a él encomendadas, o si, por el contrario, como lo afirman el recurrente y el Procurador Delegado para la Policía Nacional, aquellas circunstancias constituían obstáculo infranqueable, para su adecuado ejercicio.

Importa ciertamente saber si el procesado ingresó al "Centro de Amigos" porque en dicha cantina estuviese ocurriendo algún incidente, así fuera mínimo, entre los que allí, en esa noche, eran contertulios, o si, como todos los declarantes lo aseguran, llegó allí en estado de embriaguez y por que sí, puso en acto los hechos de que da cuenta el informativo. La prueba recogida es unánime en señalar al sindicado Elio Coronel como el único promotor responsable de los acontecimientos luctuosos, a lo cual habría sido impulsado por el estado de visible embriaguez en que se encontraba.

Siendo ello así, es fuerza concluir que el procesado obró efectivamente por fuera de todas y cada unas de las circunstancias prescritas por el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, o sea, que los hechos por él protagonizados carecen de nexo vinculante con el servicio que le fue asignado y, por el contrario, ocurrieron no con ocasión o por causa del mismo, sino por razón de su incumplimiento, con base en un hecho —el estado de embriaguez— que hace notoria, ostensiblemente manifiesta, su falta de relación con el servicio.

No basta a los fines específicos del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971 el fuero de la policía, que el procesado pertenezca al personal uniformado de la policía nacional y que en el momento de incurrir en hechos presuntamente delictuosos pese sobre él la obligación de prestar un servicio concreto. Es necesario además que los hechos ocurran "en relación con el servicio", por su causa, con ocasión de su cumplimiento, o por razón de las funciones inherentes al cargo desempeñado por el agente, cuyas hipótesis le exigen, no cabe duda, estar él personalmente en capacidad consciente de cumplir con el servicio o de ejercitar las funciones de su cargo. Es decir que el hecho averiguado debe estar en relación de causa a efecto con el servicio cuyo cumplimiento ha sido encomendado al agente.

Los insucesos protagonizados por el procesado Elio Coronel, en estado de embriaguez, en circunstancias ajenas al servicio que debía cumplir en la noche del 18 de abril de 1964, no justifican en forma alguna su conocimiento por la justicia castrense y, por lo consiguiente, el sentenciador de segundo grado ha incurrido en la causal de nulidad invocada por el censor, y el cargo habrá de prosperar.

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, acorde con el Procurador Delegado para la Policía Nacional, CASA la sentencia de fecha tres (3) de febrero del año en curso, proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso seguido contra Elio Coronel y ORDENA reponer el procedimiento a partir —inclusive— de la Resolución por medio de la cual se ordenó convocar el Consejo de Guerra, y DISPONE remitir el expediente al Juez Superior (reparto) que fuere el competente.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

REFORMATIO IN PEJUS

La consulta y la apelación del Agente del Ministerio Público son los medios jurídicos de control ilimitado de las resoluciones judiciales, por lo que toca a la competencia decisoria del ad-quem para garantía del interés público de la acción represora. El superior jerárquico también dispone de una especie de recurso excepcional y oficioso, cual es el de la nulidad, que puede declarar sin requerimiento alguno al llegar los autos a su conocimiento a virtud de la consulta o por cualquier motivo (artículo 212 del C. de P. P.), cuando encuentre que el inferior incurrió en violaciones flagrantes de la ley. Pero el Juez o Tribunal ad-quem en los casos en que el apelante sea sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal — Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de 3 de junio de 1972, por la cual se condenó a Salomón Meza y a Santiago Muñoz a la pena principal de ocho años de presidio, para cada uno, y a las accesorias condignas, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de José Narváez Meza.

Los hechos

Ciñéndose a los elementos de convicción obrantes en el informativo, a folio 43 del cuaderno principal, el fallador de segundo grado resume los debatidos en el proceso en los siguientes términos:

"El once (11) de enero de este año (1969), como a las cinco de la tarde, José Florencio Narváez, quien llegó semiembriagado después de suspender sus labores del campo, se encontraba en casa de Florentina Adrada, situada en la vereda 'Andango', jurisdicción del corregimiento de 'Policarpa' en el municipio de El Rosario. Pocos minutos después llegaron también a dicha casa, medio borrachos, Salomón Meza Solarte y Santiago Muñoz y se situaron en la puerta de entrada a dicha casa; desde allí Salomón Meza Solarte preguntó a José Florencio Narváez y a Cástulo Urresty, que se encontraban en el interior de una pieza '¿Cómo les va?' y éstos contestaron: Bien'; Meza interrogó: '¿Qué hay aquí?' y Narváez le contestó: 'Aquí no hay nada'; Meza replicó: 'Cómo no va a haber nada, algo tiene que haber'; a lo cual Narváez se puso de pies y dijo: 'Aquí no hay nada, o qué es que quieren ustedes', a la vez que dirigiéndose a una cama, tomó una tabla y la arrojó contra Meza y su compañero Muñoz; éste inmediatamente sacó un cuchillo y entrando a la pieza atacó con tal arma a Narváez, a quien agarró y sujetó por el cuerpo; acto seguido entró Salomón Meza S., armado de un machete y con éste descargó varios golpes sobre Narváez, quien se encontraba, como se expresó, sujeto a los brazos del agresor Muñoz. Catorce

(14) fueron las heridas que allí sufrió José Florencio Narváez, de las cuales le sobrevino hemorragia múltiple, habiendo fallecido en la misma pieza donde fue agredido, unas tres horas después. Meza Solarte y Muñoz dejaron a su víctima agonizante y se marcharon llevando sus armas ensangrentadas y dejando, uno de ellos, su sombrero cerca al umbral de la puerta".

Actuación procesal

El Juez Segundo Superior de Pasto, en auto de 23 de junio de 1969, llamó a juicio, con intervención del jurado de conciencia, a los sindicados Salomón Meza Solarte y Santiago Muñoz, por el delito de homicidio, estimando que se había presentado "el fenómeno de la complicidad correlativa a que se refiere el artículo 385 del Código Penal".

Interpuesta la apelación contra esta providencia por el defensor de Santiago Muñoz, el Tribunal, en proveído de 12 de diciembre de 1969, confirmó la vocación a juicio, modificándola en el sentido de enjuiciar a los procesados en "la coautoría prevista en el artículo 19 ibídem".

En la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado de conciencia los siguientes cuestionarios:

"Serie única. El encausado Salomón Meza es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte del ciudadano José Narváez Meza, mediante el empleo de arma corto-punzante, acto que lo ejecutó con la colaboración necesaria de Santiago Muñoz, hechos que tuvieron ocurrencia en la vereda 'Andango' del corregimiento de Policía de Policarpa, jurisdicción del municipio de El Rosario, Nariño, entre eso de las cinco de la tarde del día once de enero de mil novecientos sesenta y nueve, que ejecutó el sindicado con intención de matar?"

'Serie única. El encausado Santiago Muñoz es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte de José Narváez Meza, mediante empleo de arma corto-punzante, acto que ejecutó el sindicado en coautoría de Salomón Meza, en la vereda 'Andango', corregimiento de Policía de Policarpa, jurisdicción del municipio de El Rosario, Nariño, entre eso de las cinco de la tarde del 11 de enero de 1969, acto que ejecutó el sindicado con intención de matar?"

El Tribunal Popular respondió por unanimidad afirmando la responsabilidad de los procesados.

El juicio culminó con la sentencia de segunda instancia de que se ha hecho mérito y contra la cual interpuso recurso de casación el demandante, Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

La demanda de casación

El Fiscal recurrente le hace un cargo a la sentencia impugnada, al amparo de la causal establecida en el ordinal 2º del artículo 580 del C. de P.P. y tres cargos con fundamento en la causal estatuída en el ordinal 4º de la misma disposición.

Causal del ordinal 2º del artículo 580 del C. de P. P.

Cargo único

"La sentencia dictada por el Juez 2º Superior de Pasto, confirmada luego por el Tribunal, al condenar a Salomón Meza a ocho años de presidio como responsable de un homicidio en las circunstancias del artículo 362 sin degradantes, fue más allá del auto de proceder. En este auto, base de la acusación y del juicio, se dijo que la acusación a Meza se la hacía para que respondiera de un hecho delictuoso cuya pena sería la de cuatro años de presidio como mínimo, la sentencia aumenta esta pena e impone un mínimo de ocho años de presidio.

"Se dice que esta sentencia está de acuerdo con el veredicto del jurado, es verdad. Pero también lo es lo ordenado por el artículo 533 del C. de P. P., que obliga que el cuestionario se haga con base en los hechos y circunstancias del auto de proceder. Proceder en forma distinta es atentar contra los principios básicos del proceso. Este es un todo orgánico, funcional, en el cual sus partes se van integrando inseparablemente. El proceso no se hace a saltos, sino en forma continuada, de manera que una providencia sirve de base a la continuidad consiguiente. El cuestionario no es 'cosa' nueva en el proceso, es la simple enunciación resumida del auto de proceder. Si, en

verdad, no es obligatoria la denominación jurídica de las circunstancias, debe manifestárselas en forma clara, real y concreta, al alcance de los jueces de conciencia. Esto no impide que se las haga en forma técnica, si no hay otra manera de poderlas enunciar castizamente.

"Siendo el cuestionario de audiencia un simple resumen de los hechos y modalidades expuestos en el auto de proceder, el cuestionario que desborda el auto de proceder, sería nulo, y la sentencia que se basa en un veredicto que contraría el auto de proceder, casable por mandato del numeral 2º del artículo 580 del C. de P. P....

"...Podía el Tribunal enmendar un auto de proceder no apelado? La Fiscalía estima que no. La Jurisprudencia ha llegado a decir que se puede agravar la situación penal del apelante, situación discutible al máximo. Pero partir de esta base, para aplicar sus consecuencias a un auto no apelado, es dar un salto mucho mayor y de más trascendencia, es decir, es ir más allá de las facultades legales.

"No se diga que el auto de proceder es una pieza que implica totalidad, unidad. Este criterio debe rechazarse. La responsabilidad es individual, de cada quien. Nadie responde penalmente por el hecho de otro. De manera que si la acusación hecha contra Salomón Meza de que había sido matador en circunstancias del artículo 385 del C. P., quedó firmemente establecida, es una ley del proceso por no haberse apelado ni estar sujeto a consulta. Las acusaciones que el Estado hace a sus subordinados, no son colectivas ni generales, son individualizadas, en forma concreta y personales.

"Por esto la Fiscalía estima que el auto que acusaba a Salomón Meza como homicidio en complicidad correlativa se ejecutorió y era una ley del proceso. Y la sentencia que lo desconoce, va más allá de esta acusación".

Causal del ordinal 4º del artículo 580 del C. de P. P.

Primer cargo

"El veredicto del jurado, hecho sobre un cuestionario realizado más allá de la ley, es nulo. Esta nulidad se desprende de la no observancia de lo estatuído por el artículo 533 del C. de P. P.

"Al no darse aplicación a este artículo se ha ido contra lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Nacional que dice: 'Nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'...

"Cuando en el cuestionario, y en su conclusión, el veredicto, se hace aparecer a Salomón Meza como responsable de homicidio intencional, y se olvidan las circunstancias del artículo 385 del C. P., la justicia, es decir, su administración pregunta a los jurados cuestiones distintas que agravan lo establecido en la acusación. De esta manera coloca al procesado en circunstancias de inferioridad, pues éste había sido acusado de una cosa, y a los jueces se les pregunta por cosas más graves...

"...El auto de proceder dictado por el juez contra Salomón Meza no fue apelado, ni estaba sujeto a consulta. Se ejecutorió. Cuando el Tribunal lo reformó fue más allá de sus facultades legales. Y lo que se hace extralimitando las facultades legales, es nulo. De manera que la nulidad ahora debe comprender desde el auto del Tribunal dictado el 12 de diciembre de 1969".

Segundo cargo

"¿Un solo defensor estaba en capacidad jurídica para defender a los dos acusados? Dice el artículo 119 del C. de P.P.: 'Una misma persona podrá servir el cargo de apoderado o defensor de varios procesados en un mismo proceso, siempre que sus intereses no sean opuestos'.

"En la forma en la cual el Tribunal reformó el auto de proceder del Juzgado, cuando el Tribunal dice que se deben colocar a los sindicados en las circunstancias del artículo 19 del C. P., está diciendo que solamente uno consumó el hecho, y que el otro simplemente estuvo presente en su ejecución. Al pretender hacer esta diferencia en audiencia pública, o en forma de alegatos jurídicos, el defensor se encontraba en situación embarazosa, pues lo que pedía para uno de sus clientes, perjudicaba al otro. Y no se diga que en estos casos, la situación de los dos es igual, ya que las penas son iguales. Recuerdo que alguien nos enseñaba

que si en verdad en el mercado las papas tienen un mismo precio que el maíz, esto no quiere decir que sean iguales en esencia.

"Este sencillo razonamiento nos dice que la facultad de defensa en los sindicados se aminoró profundamente por el hecho de estar asistidos los dos por un mismo defensor. Nuevamente caemos en el artículo 26 de la Constitución Nacional, vemos que al no observarse la plenitud de las formas de cada juicio, un defensor para cada uno, se ha disminuído la defensa y se ha perjudicado un derecho esencial de nuestra organización".

Tercer cargo

"Cuando el Tribunal Superior de Pasto reformó el auto de proceder, no apelado, dictado por el Juez 2º Superior de Pasto, dictó una providencia nula, pues carecía de competencia para hacerlo. Artículo 210, numeral 1º del C. de P. P.

"El Tribunal por sí y ante sí no podía corregir o enmendar una providencia ejecutoriada. El auto de proceder dictado por el juez contra Salomón Meza, era una ley del proceso, que obligaba al mismo juez y al Tribunal.

"Esta situación es diversa para el caso de Santiago Muñoz. Este apeló del auto de proceder, de su acusación. Pero la apelación de Muñoz puede perjudicar a Meza? Creemos que no, pues ya dijimos que el auto de proceder no es una unidad indestructible. Puede separarse en partes, sobre todo si sabemos que la responsabilidad es personal y no solidaria o colectiva o totalitaria.

"Pero el Tribunal puede agravar la situación del apelante? Seguirá esta Fiscalía diciendo que no. La ley colombiana dice que los vacíos del C. de P.P. se llenarán con las normas del C. de P.C. artículo 8º del C. de P. P.

"En parte alguna la ley ha dicho en forma expresa que el Tribunal adquiere competencia total al ver un auto de proceder apelado. La apelación es una garantía para el procesado, apelante. En todos los estrados judiciales, el Estado tiene su vigilante y atento observador, se llama Agente del Ministerio Público. Si éste no apela, el Estado se conforma con lo hecho por el juez. No olvidemos que el proceso se ha hecho para averiguar la verdad pero respetando determinado formalismo que garantiza la igualdad, Estado-sindicado.

"...Cuando el juez llama a juicio y el sindicado no apela, y tampoco lo hace el Agente del Ministerio Público, y no se ha establecido la consulta, ese juez es el Estado y se ha señalado el camino. Siendo las normas de procedimiento penal, excepcionalmente, o mejor dicho el único camino que el Estado se ha fijado para ver un hecho, ese mismo Estado no puede aplicarse de oficio sus facultades ya deterioradas en providencias anteriores.

"Esto nos dice que el Tribunal de Pasto ni siquiera podía agravar la situación del apelante Santiago Muñoz. Pues se lo prohibía el artículo 8º del C. de P. P. que acoge la norma sobre apelaciones del artículo 357 del C. de P. C.

"La facultad de ver un negocio en apelación está supeditada a esta apelación. Ha sido el sindicado quien le ha dado competencia al Tribunal. Sin esa apelación el Tribunal carecería de competencia. Y es el colmo de la deslealtad estatal, aprovecharse de una facultad que le da el apelante para perjudicarlo".

Concepto del Procurador

Dado en traslado el negocio al Procurador Primero Delegado en lo Penal, de conformidad con el artículo 571 del C. de P. P., se expresó así:

"Por cuanto este Despacho no comparte los planteamientos de la demanda se abstiene de hacer uso de las facultades que le confiere la norma procedimental citada. No se exponen las razones porque implicaría entrar a debatir los cargos de acusación, lo que es inherente a la parte no recurrente, y con lo cual se rompería la unidad del Ministerio Público, fuera de que con ella se caería en innegable contradicción, toda vez que quedaría el Ministerio Público como parte recurrente y no recurrente al mismo tiempo".

Se considera

La Sala estudiará los motivos de impugnación no en el orden en que los presenta el demandante, sino que analizará en primer término el tercer cargo, formulado al

amparo del ordinal 4º del artículo 580 del C. de P. P., que hace procedente el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"; porque si prospera este motivo, como la consecuencia sería la nulidad de la actuación desde el auto del Tribunal de 12 de diciembre de 1969, inclusive, para la reposición del procedimiento, resultaría inane toda consideración relativa a los otros cargos.

El actor, como se vio en la transcripción de la demanda, ataca la sentencia de segundo grado por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. de acuerdo con el numeral 1º del artículo 210 del C. de P. P.; pues que. en lo que atañe al sindicado Salomón Meza, no habiendo apelado del auto de proceder ni éste ni su defensor ni el Agente del Ministerio Público, el Tribunal no tenía competencia para empeorar su situación; y en lo que concierne al procesado Sebastián Muñoz, habiendo apelado solamente su defensor, tampoco la tenía para agravarle el cargo materia de la acusación, negando la existencia de la complicidad correlativa para, en su lugar, afirmar la coautoría prevista en el artículo 19 del Código Penal.

La Sala, para decidir, procede a estudiar el quid o. médula de la cuestión —vexata quaestio, en verdad—, que es la denominada **reformatio in pejus** en el proceso penal.

Es sabido que en la doctrina y la jurisprudencia nacionales ha predominado la tesis de que la aplicación del instituto de la reformatio in pejus en materia. penal se fundamenta en dos principios: el de la autonomía del proceso penal y el de la extensión del poder dispositivo del Juez Penal. Según estos principios, las normas del proceso civil en punto de apelaciones no son aplicables al proceso penal por causa del carácter y fines de los dos procesos: carácter privado y fin estrictamente jurídico en el civil, y carácter público y fin ético-jurídico en el penal. Por eso, según este criterio, la limitación del artículo 357 del estatuto procesal civil (artículo 494 del antiguo Código de Procedimiento Civil), conforme a la cual la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al recurrente, es inaplicable en el proceso penal.

El doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, **en estudio presentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y ampliando el criterio que había expuesto en su Derecho Procesal Penal, hace las siguientes consideraciones que la Sala acoge in integrum, por hallarlas fundamentadas jurídicamente en nuestra legislación positiva y en la teoría del proceso:**

"El artículo 8º del actual Código de Procedimiento Penal, que reprodujo en lo sustancial el artículo 7º del anterior, establece que 'Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre la organización judicial y procedimiento civil'. Y no existiendo, como no existe, en el estatuto procesal penal, ni en ninguna ley especial, norma que fije los poderes del ad-quem en punto del recurso de apelación, particularmente cuando sea el inculpado el que ejercita el medio de defensa, resulta arbitrario sostener que en el proceso penal no tiene vigencia el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil (494 del estatuto anterior), que prohibe la reformatio in pejus, **al decir, en lo pertinente, que 'La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el Superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla'.**

"Es presupuesto de todos los recursos la legitimación para proponerlos, que en abstracto la tienen las partes y en concreto sólo se afirma en la que sea agraviada por la resolución judicial. Por ello se ha dicho y repetido que el agravio da la medida del recurso y, en consecuencia, que carece de legitimación para recurrir en un caso determinado aquella parte a la que no grave o perjudique el acto jurisdiccional de que se trate, tomando en cuenta los efectos que éste puede producir, apreciados objetivamente y no conforme al criterio personal de quien pretenda la impugnación. Así, por ejemplo, el procesado no estaría legitimado para recurrir respecto de una sentencia absolutoria, aunque por motivos individuales de tipo excepcional él quisiera ser condenado.

"Si para impugnar es indispensable el interés, que, con relación al inculpado, se puede predicar cuando tienda a una modificación sobre el tenor de hecho o de derecho que influya en la declaración de certeza de su responsabilidad, para excluirla o atenuarla, o cuando tienda a una decisión sobre la pena y con fines a su disminución (Véase Giovanni Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1963, Pág. 95), es porque el medio de impugnación no inviste de competencia al superior jerárquico del juez, si de la apelación se trata, para examinar in integrum la resolución del a-quo, sino únicamente aquello que interese al apelante, es decir, lo que le sirvió de causa al medio impugnativo, como que en lo favorable ni existe interés, ni el recurrente puede querer que se corrija en disfavor suyo.

"En caso de apelación del procesado, la competencia del juez de segundo grado, o mejor, el poder de actuarla en el asunto concreto, lo da directa o inmediatamente el recurrente, y por lógica se deduce que el actor solamente habilita al superior y con miras a obtener, mediante la revocación o reforma, un beneficio para su causa.

"....

"Es innegable que la reformatio in pejus, o sea la plenitud de la competencia del ad-quem para decidir la apelación es un sistema más adecuado a los fines de la defensa social, característico del derecho penal. No obstante, autores positivistas de la talla de Florián defienden su prohibición, aunque no por la filosofía misma de los recursos sino 'por razones prácticas', como que su levantamiento limitaría de tal suerte el ejercicio del recurso, que casi lo suprimiría prácticamente'. (Eugenio Florián, Elementos de Derecho Procesal Penal, Traducción de L. Prieto Castro, Edit. Boch, Barcelona, Pág. 437).

"La prohibición de la reformatio in pejus, apunta Manzini, puede ser contraria a una eficaz política penal, pero no todo lo que puede ser útil a esa política debe considerarse acorde con los principios de justicia y equidad (Vincenzo Manzini, Derecho Procesal Penal, Vol. V. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerbe Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, Pág. 140).

"Si la apelación, siguiendo el pensamiento de Malarriaga y Sasso sobre los recursos, es la acción o facultad que la ley concede al que se cree perjudicado por una resolución judicial para procurar del superior jerárquico la revocación o reforma que lo favorezca, no es comprensible que la competencia del superior pueda extenderse a un estudio completo de lo actuado en la primera instancia y con poderes para modificar con mayor gravamen para el recurrente (Véase Abraham Bartoloni Ferro, El Proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales, V Tomo, Librería y Editorial Castellvi S. A., Santa Fe, Argentina, Págs. 73 y ss).

"La mayoría de los Códigos de Procedimiento Penal que conocemos vedan, en cuanto concierne a la apelación, las enmiendas desfavorables al apelante. El artículo 515 del estatuto italiano preceptúa: 'La apelación, tanto del Ministerio Público como del imputado atribuye al juez superior el conocimiento del procedimiento limitadamente a los puntos de la decisión a que se refieren los motivos propuestos'. En el proyecto que acompañó dicho Código se defendió la prohibición de la reformatio in pejus, pese a las críticas aducidas por algunos contra ese sistema, como plausible y conveniente y, además, por considerar que tal prohibición correspondía en vigor al instituto moderno de la apelación. (Véase Vincenzo Manzini, ob. cit. vol. V, Pág. 140).

"Predominando en la doctrina el criterio opuesto a la reformatio in pejus en el proceso penal; no existiendo en Colombia disposición que la consagre en la ley rectora del proceso penal, y encontrándose en el Código de Procedimiento Civil (artículo 537 la prohibición de aquélla en cuanto al recurso de apelación, en precepto que por la remisión general que hace el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal debe aplicarse al proceso criminal, no creemos acogible la tesis de quienes entre nosotros conceptúan que en el proceso penal no tiene aplicación la prohibición de la reformatio in pejus.

"Cierto es que el proceso penal desarrolla una acción pública, cuyo objeto es de interés general. Pero esta consideración no es

valedera para justificar la reformatio in pejus. En todas las legislaciones y para todos los expositores aquélla es una verdad incuestionable y, sin embargo, la mayoría de los Códigos de enjuiciamiento criminal y de los tratadistas se pronuncian en contra de las enmiendas desfavorables para el recurrente, justamente porque la competencia del superior, originada en el recurso, la otorga a voluntad el impugnador para que se le mejore su situación y en ningún caso para que se le empeore, hipótesis esta última que ni siquiera puede quedar comprendida dentro del interés que da la legitimación para recurrir.

"Repárese que no obstante la proyección social del proceso penal, la sentencia que se pronuncie en el nuevo juicio y a virtud de la revisión no puede contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia (artículo 589 del C. de P. P.). Y que en tratándose de la casación, la Corte no puede tomar en cuenta causales distintas de las expresamente alegadas por las partes (artículo 581 ibídem). ¿Por qué? Por la técnica del procedimiento; porque el fin de todo recurso es reparar agravios y no propiciar otro perjuicio.

"El control pleno del acto jurisdiccional recurrido en apelación sólo puede hacerse, en cuanto al thema decidendum de naturaleza penal, a través de la consulta, cuando la ley prescribe, o de la apelación interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sino también de defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados con la infracción, al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. La consulta y la apelación del Agente del Ministerio Público son los medios jurídicos de control ilimitado de las resoluciones judiciales, por lo que toca a la competenia decisoria del ad-quem, para garantía del interés público de la acción represora.

"También dispone el superior jerárquico de una especie de recurso excepcional y oficioso, cual es el de la nulidad, que puede declarar sin requerimiento alguno al llegar los autos a su conocimiento a virtud de la consulta o por cualquier motivo (artículo 212 del C. de P. P.), cuando encuentre que el inferior incurrió en violaciones flagrantes de la ley.

"Mas si se estima, como lo hace entre nosotros Devis Echandía, que el fin de todo proceso judicial es la realización de la justicia y no la satisfacción de los intereses de las partes ligadas a la relación jurídica, y que para esa finalidad y para la mejor aplicación de la ley el superior no debe tener restricción en sus facultades revisoras (Hernando Davis Echandía, Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Edit. Aguilar, 1966, Pág. 674), sería menester, para que el ad-quem no incurriera en usurpación de competencia, por limitación de los poderes que le concede la apelación en razón de lo que se conoce como personalidad del recurso, una reforma legislativa que facultara al fallador para examinar la providencia impugnada por todos sus aspectos y decidir sin cortapisas, completándole así la ley la competencia recortada que proviene del acto del impugnador". (Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, octubre de 1972, Nº 199, Pág. 221 a 227).

No embargante que, según todas las legislaciones, el proceso penal desarrolla una acción pública, cuyo objeto es de interés colectivo —que es el argumento principal o Aquiles de los que sustentan la reformatio in pejus y el aducido primordialmente por la jurisprudencia nacional—, y a pesar de que para todos los autores el proceso penal tiene tal carácter, la mayoría de éstos se pronuncia por la prohibición de la reformatio en materias penales, como se hace notar en el estudio transcrito.

Estima la Corte que el juez o tribunal ad-quem, en los casos en que el apelante es sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso. Porque es enteramente contrario a los fines de la alzada el motivo que, de apreciarse, causaría aumento en la penalidad o agravaría los cargos que son materia de la acusación. Como se dice en el ensayo reproducido, el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al thema deci-

dendum de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión, como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, mas también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (artículo 102 del C. de P. P.). Por manera que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos excogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del ad-quem, para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado. Así mismo dispone el superior de una especie de medio excepcional, cual es la nulidad, que puede decretar oficiosamente cuando conozca del asunto en virtud de la consulta o por apelación de cualquiera de las partes (artículo 212 del C. de P. P.), si el inferior incurre en flagrantes violaciones de las leyes.

De lo expuesto se colige que, en el caso sub-judice, el Tribunal de Pasto no tenía facultad para reformar el auto de proceder dictado por el a-quo el 23 de junio de 1969, agravándole a los sindicados Santiago Muñoz y Sebastián Meza los cargos materia de la acusación, por no haber apelado el Agente del Ministerio Público y no tener tal providencia el grado de jurisdicción llamado consulta. Al proceder así, incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 210 del C. de P. P., pues obró sin competencia en la parte que hizo más gravosa la imputación formulada a aquéllos en el auto de vocación a juicio recurrido, vale decir, en cuanto negó la existencia de la complicidad correlativa reconocida por el a-quo y afirmó la coautoría de los inculpados en el homicidio que se les atribuyó por el juez de primer grado.

De suerte que el cargo que se estudia ha de prosperar, porque, en verdad, la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad (ordinal 4º del artículo 580 del C. de P. P.). Por consiguiente, obrando de acuerdo con lo estatuído en el artículo 583, numeral 3º ibídem, debe declararse la nulidad del juicio y ordenarse su reposición conforme a la ley.

Como se acepta la procedencia de la expresada causal, la Sala se abstendrá de considerar los otros motivos de impugnación aducidos por el demandante.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y ORDENA reponer el proceso con arreglo a las consideraciones de la parte motiva, a partir del auto de 12 de diciembre de 1969 dictado por el Tribunal de Pasto, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO POR DESTINACION DIFERENTE

Cuando aparece demostrada cualquiera de las causales consagradas en el artículo 23 del C. P., el hecho no puede ser subjetivamente impetrado a quien lo realiza, quedando excluída la responsabilidad penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a examinar las peticiones del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y del doctor Jaime Angel Villegas, apoderado éste del señor **Pedro Olarte Restrepo**, sobre cesación del procedimiento penal seguido contra los ex-Cónsules de Colombia en Nueva York, señores Pedro Olarte Restrepo y Alvaro Forero, quienes fueron acusados del supuesto delito de peculado.

Como antecedentes, señala el Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Motivó la presente investigación la denuncia formulada por el Representante a la Cámara, Alvaro Ramos Murillo, en la que le atribuyó a los acusados el delito de peculado, por 'uso indebido de bienes del Estado, que tenían una destinación específica, para invertirlos en gastos personales de un alto funcionario público'. Dio cuenta el querellante que en el mes de septiembre de 1969 viajó a la ciudad de Nueva York el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Alfonso López Michelsen, presidiendo la delegación de Colombia al período ordinario de sesiones de la Organización de las Naciones Unidas, y allí lo aquejó una dolencia que determinó su internamiento en uno de los hospitales de la ciudad, para ser intervenido quirúrgicamente. El Cónsul encargado tramitó la legalización de las cuentas para el pago de los servicios por la Caja Nacional de Previsión y mientras tanto, el Ministro regresó a Bogotá.

"A principios de 1970 viajó a la misma ciudad en misión oficial el doctor Manuel Arbeláez Pava, secretario privado del Ministro, quien ordenó por escrito al Cónsul General, Pedro Olarte Restrepo, que de una cuenta oficial denominada 'Reconstrucción y Dotación del Palacio de Nariño', se pagaran los honorarios de los médicos que operaron al doctor López Michelsen y los gastos de hospitalización correspondientes.

"El Cónsul General y el Cónsul de Caja, hicieron el giro respectivo en cantidad superior a los ocho mil dólares, no obstante que el Ministerio de Relaciones Exteriores había impartido precisas instrucciones sobre el manejo de esa cuenta, la cual requería la autorización del 'Comité Asesor' y el visto bueno del Jefe de Presupuesto del Ministerio.

"Precisadas algunas diligencias preliminares se ordenó abrir investigación penal por los hechos denunciados y en desarrollo de la misma se logró establecer:

"1º. Por insinuación del doctor Arbeláez Pava, el Cónsul encargado, Rafael Rodríguez Segura, dirigió una comunicación al hospital en la que se hacía saber que los gastos que demandara la atención del Canciller por concepto de servicios médicos, hospitalización y cirugía, serían pagados por la Caja Nacional de Previsión, entidad de seguridad social similar a la conocida en Estados Unidos como 'Social Security', comprometiéndose el Consulado General a tra-

mitar las cuentas y así se logró que el hospital devolviera al doctor López Michelsen el dinero que había depositado para su ingreso.

"2º. En el mes de abril de 1970 regresó a Nueva York el doctor Arbeláez Pava y en esa oportunidad el doctor Rodríguez Segura, ya como Cónsul de Negocios Generales, le mostró algunas comunicaciones del 'New York Hospital' en las que recordaba el pago de los servicios prestados al Doctor López Michelsen y le anunciaba el cobro de los mismos por la vía judicial.

"A su turno, el Cónsul General, Pedro Olarte, recibió llamadas telefónicas del abogado del hospital en las que se avisaba el embargo de las cuentas corrientes del Consulado, por el no pago oportuno de los servicios prestados.

"3º. Para salvaguardar el buen nombre del país y evitar el escándalo que resultaría del embargo de las cuentas corrientes del Consulado, el doctor Arbeláez Pava, previa consulta con el Secretario General del Ministerio, ordenó por escrito al Cónsul General:

'En cumplimiento de instrucciones del señor Ministro me permito rogar a usted que se sirva girar con cargo a la cuenta 'Palacio de Nariño' los valores correspondientes a las facturas del doctor Raymond G. Barile, doctor Michel Brice y The New York Hospital, por servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que le fueron prestados al doctor Alfonso López Michelsen durante su permanencia en la ciudad de Nueva York, cuando asistió como Presidente de la Delegación de Colombia a la Asamblea General de las Naciones Unidas. El giro correspondiente debe efectuarse a manera de avance por un valor de US$ 7.956.95, que serán reembolsados a ese Consulado a la cuenta especial mencionada por la Caja Nacional de Previsión Social, previo el endoso que cada uno de los beneficiarios hará de la cuenta respectiva'.

"El mismo día de la comunicación —7 de abril de 1970— y con las firmas del Cónsul General y del Cónsul de Caja se giraron los cheques números 17, 18 y 19 por valor de US$ 7.956.95 a favor de las personas allí señaladas y a cargo de la cuenta especial 'Consulate General of Colombia-Minrelaciones'.

'4º. El 22 de abril del mismo año el Consulado General formuló la cuenta de cobro a la Caja Nacional de Previsión, entidad que mediante cheque número 12 del 17 de agosto giró al 'Chemical Bank de Nueva York' y a favor del Cónsul General el valor de la misma, menos las deducciones legales.

"5º. Con oficio del 30 de abril de 1968 —un año antes de los hechos investigados— el Director del Ministerio y Jefe de la División de Presupuesto impartieron al Consulado precisas instrucciones sobre el manejo de la cuenta especial denominada 'Palacio de Nariño', en el sentido de que todo giro debía ser autorizado por el Comité Asesor de la Cancillería y visado por el Jefe de Presupuesto.

"Sobre la existencia de estas recomendaciones no se interrogó al sindicado Olarte Restrepo, quien se limitó a explicar que el giro de los cheques para el pago de los servicios médicos se hizo en razón de la orden escrita impartida por el Secretario Privado del Ministerio. Agregó que el movimiento de las cuentas bancarias, incluídos los cheques a que se refiere la denuncia, fue oportunamente remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Contraloría General sin que hubieran sido glosadas o devueltas.

"6º. El doctor Rodríguez Segura dijo haber prevenido a los acusados sobre la posible comisión de un delito de peculado, por el cambio de destinación oficial dado a los fondos oficiales o por el uso indebido de los mismos, pero tal afirmación fue desmentida por el doctor Arbeláez Pava y el propio Olarte Restrepo quien atribuyó la acusación a 'claros fines políticos'. Hizo mención a la enemistad surgida entre ellos y el doctor Rodríguez a raíz de la queja que le formuló ante el Ministerio por 'expedir certificados que contenían falsedades".

Luego de un examen del delito de peculado en cuanto a sus elementos configurantes, pide el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que se ordene la cesación del

procedimiento penal seguido contra los nombrados Olarte Restrepo y Forero, por cuanto su comportamiento no constituye aquella infracción penal, ni ninguna otra.

Igual pedimento, como se dijo, hace el apoderado del señor Olarte Restrepo, quien, entre otras consideraciones, hace la siguiente:

"...La conducta de Pedro Olarte Restrepo en su condición de Cónsul General se justifica plenamente a la luz de las previsiones de los artículos 24 y 25 del C. Penal, puesto que al cancelar la deuda oficialmente contraída con los médicos y con el Hospital de Nueva York, él estaba únicamente salvando el honor del país, nuestra reputación internacional, y evitando la vergüenza y el escándalo que para Colombia hubiera implicado el tener que responder ante los tribunales de Estados Unidos por su negativa a cancelar honorarios y gastos de los cuales previamente se había hecho responsable de manera oficial su anterior representante consular, doctor Rafael Rodríguez Segura...".

Considera la Corte

Como observa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, "resulta incuestionable que los incriminados al disponer el pago de los servicios médicos y hospitalarios prestados al doctor López Michelsen, con fondos oficiales de una cuenta especial destinada a dotación de la Cancillería, lo hicieron en cumplimiento de órdenes impartidas por quien consideraron funcionario competente para ello y para prevenir un embargo inminente de los saldos en las cuentas corrientes del Consulado, deshonroso para el buen nombre de Colombia en el exterior".

De otra parte, la Caja Nacional de Previsión, institución obligada al pago de tales servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios prestados al doctor López Michelsen, reintegró al Consulado la suma pagada con los fondos de la mencionada cuenta especial.

Es obvio, entonces, que no se cumplió apropiación o uso indebido, en provecho de los acusados o de un tercero, de la citada suma, pues se acudió al empleo transitorio de los fondos de la cuenta especial 'Consulate General of Colombia-Minrelaciones' para cancelar una deuda de una institución oficial colombiana, la Caja Nacional de Previsión, a cuyo cargo estaba el pago de los servicios médico, quirúrgico y hospitalario prestados a un funcionario del Estado.

Y en cuanto al caso de peculado de que trata el artículo 150 del Código Penal, se tiene:

a) En esta norma se dice que "el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente a aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer el empleo o cargo público, de uno a seis meses".

Objetivamente, los acusados, señores Olarte Restrepo y Forero incurrieron en la conducta descrita en el artículo 150 del Código Penal.

Pero en el campo subjetivo, los nombrados no solamente incurrieron, de buena fe, en el yerro de entender que la orden a que se refiere el oficio del doctor Arbeláez Pava (transcrito atrás) era suficiente para salvar los requisitos señalados para el manejo de la cuenta especial y la destinación de parte de sus fondos para un fin diferente al que estaban destinados, sino que llevaron a cabo los hechos de que se les sindica ante la evidente urgencia de salvar el buen nombre de la nación colombiana, el que obviamente habría resultado disminuido si por deudas a cargo del Estado y por morosidad en cubrirlas, los acreedores hubieran tenido que acudir a los jueces en un país extranjero.

No es dable exigir otra conducta a los señores Olarte Restrepo y Forero, habida cuenta del apremio creado y que afectaba el buen nombre del país, según lo dicho, y la convicción que formaron sobre el alcance de la comunicación del doctor Arbeláez Pava.

b) Sabido es que las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas, según las voces del artículo 12 del Código Penal.

De consiguiente, cuando por insuperable coacción ajena o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia, el hecho no puede ser subjetivamente imputado a quien lo realiza, queda excluida la resonsabilidad penal.

Así lo manda el artículo 23 del Código Penal y también se desprende de las condiciones que jurídicamente debe reunir el delito, como conducta típicamente antijurídica y culpable.

Pues bien:

No existiendo infracción punible en los hechos que se han averiguado, es el caso de ordenar la cesación del procedimiento penal que se sigue contra los señores Olarte Restrepo y Forero, como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y lo pide el apoderado del acusado Olarte Restrepo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ORDENA cesar el procedimiento penal que se adelanta contra los señores Pedro Olarte Restrepo y Alvaro Forero por los hechos de que fueron acusados por el Representante a la Cámara, doctor Alvaro Ramos Murillo, por cuanto aquéllos no constituyen infracción penal y SE DISPONE el archivo del expediente.

Cópiese y notifíquese.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

OPORTUNIDAD PROCESAL PARA SOLICITAR PRUEBAS

El término para pedir pruebas no puede ser ampliado por voluntad del peticionario, por cuanto al no hacer uso de él, precluye la oportunidad de ejercer el derecho y en el caso de acceder el Juez a la petición que extemporáneamente se hace, las diligencias realizadas carecerían de legalidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.
Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el tres de mayo último, por la cual le fue impuesta al procesado **Silvestre Camacho Mosquera** la pena principal de diez años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Olegario Forero González.

Conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad.

Hechos

Se anota en el fallo:

"Nos cuentan los autos que para el mes de junio o julio de mil novecientos sesenta y nueve, el señor Julio González Martínez, quien tenía un gallo fino (de riña) en copropiedad con Olegario Forero González, recibió la solicitud de Silvestre Camacho para que le dejara el mencionado animal en su casa, a fin de 'sacarle cría'. Sucedió que Silvestre Camacho, en los días siguientes en que recibiera el pollo, arregló una riña y en esta riña el gallo en cuestión fue muerto. Como era lo natural, los dueños del ave reclamaron su devolución o el precio pero no obtuvieron nada positivo. Así las cosas, encontramos que para el domingo treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta, Olegario Forero González se encontró con el padre de Silvestre, el señor Tulio Camacho, y le pidió que le pagaran el gallo. Tulio montó en cólera, rechazó violentamente la solicitud de Olegario y lo desafió a pelear. Como Olegario no quisiera problemas, no llevó las cosas más adelante y en compañía de sus parientes se retiró del lugar. Ya en camino para su casa, Olegario vino a encontrarse con Aquilino Gómez Gaona, hermano de Betsabé, que a la sazón era la querida de Olegario. Aquilino invitó a Olegario y a su amante a que tomaran guarapo y les pidió que lo esperaran un rato, mientras se realizaba una pelea de gallos. Una vez se terminó la riña y mientras Olegario se hallaba en la gallera con Aquilino, llegó el individuo Silvestre Camacho, quien de inmediato se dirigió sobre Olegario y lo prendió por el cuello, mientras lanzaba frases groseras y desafíos. Olegario rehuyó y sacó el revólver. En este momento se precipitó sobre Olegario el sujeto Alcides Ruiz, quien le prendió el arma y se formó un tremendo forcejeo a través del cual Alcides pretendía quitarle el revólver y Olegario aspiraba a no dejarse desarmar. A esta altura de los hechos se presentó también Aquilino Gómez, quien vino a ayudar a Alcides Ruiz en su empeño de quitarle el arma a Olegario. Mientras los dos mencionados individuos pugnaban por desarmar a Olegario Forero González, el señor Silvestre Camacho, yéndose por detrás, asestó una tremenda puñalada por la espalda a Olegario Forero, quien sin lugar a dudas dirigía

toda su atención y desplegaba todas sus fuerzas en el empeño de no dejarse desarmar de Ruiz y Gómez. A consecuencia de la herida, Olegario cayó casi de inmediato moribundo y rápidamente dejó de existir".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor las siguientes causales de casación:

a) La cuarta: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Dice el demandante que se violaron las formas propias del juicio y se denegó el derecho de defensa del acusado Camacho Mosquera, por cuanto "habiendo el procesado pedido la recepción de dos pruebas fundamentales dentro del proceso, para estructurar a su favor una circunstancia excluyente de responsabilidad, como fueron los testimonios de Carlota González y Florentino Mosquera, tales pruebas no han debido serle negadas al peticionario, en la forma tajante como lo hizo el juez, sino que ha debido remitirse a que fueran practicadas en el acto de la audiencia pública, como lo dispone el artículo 512 del C. de P. P.".

Agrega el actor que, "si el término previsto en el artículo 500 del C. de P. P. estaba vencido, el juez del conocimiento ha debido decretar la práctica de tales pruebas en el acto de la audiencia pública, por haber sido solicitadas dentro del término allí establecido por la ley, y porque esa misma ley manda que al juez sólo le basta insinuarle las pruebas, para que oficiosamente las busque".

b) Causal primera: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Expresa el demandante que "se aplicaron indebidamente los numerales 3º y 6º del artículo 37 del Código Penal".

Agrega el actor que "el juez consideró que no hay circunstancias de mayor peligrosidad, pero el Tribunal se separa de este criterio, pues considera que deben actualizarse los numerales 3º y 6º del artículo 37 del Código Penal, por haber obrado el procesado por motivos fútiles y por demostrar una mayor insensibilidad moral, dada la forma como ejecutó el hecho, propinando (sic) al occiso una puñalada mortal por la espalda, cuando éste se encontraba forcejeando con Alcides Ruiz y Aquilino Gómez, por la posesión del revólver".

Y señala, por último, que "operan a favor del procesado cuatro circunstancias de menor peligrosidad, las previstas en los numerales 1º, 3º, 5º y 11 del artículo 38 del C. Penal, que fueron omitidas por el Tribunal sentenciador...".

Considera el Procurador Primero Delegado en lo Penal que ninguno de los cargos propuestos resultan probados y pide, en consecuencia, que se deseche el recurso.

A la demanda y a la respuesta del Ministerio Público pasa a referirse la Corte.

Considera la Corte

Cabe desechar el recurso de casación, como lo pide el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues no prospera ninguna de las causales invocadas por el demandante.

En efecto:

1º Causal cuarta

El juzgador de primera instancia, en cuanto a las pruebas a que alude el demandante, cumplió con los preceptos contenidos en los artículos 500 y 502 del C. de Procedimiento Penal.

Los artículos mencionados señalan que "ejecutoriado el auto de proceder, se abrirá el juicio a prueba por tres días, dentro de los cuales las personas que intervengan en el proceso podrán pedir las que consideren pertinentes"; y, "el juez decretará la práctica de las pruebas que hubieren solicitado y que fueren conducentes, y de aquellas otras que estimare necesarias...", las que deberán practicarse dentro del término de quince días". Si "cualquiera de las pruebas decretadas no hubiere podido practicarse dentro del término probatorio, podrá serlo válidamente en la audiencia pública".

De consiguiente, las pruebas pedidas una vez vencido el término señalado en la ley, como ocurrió en este negocio, no pueden ser ni ordenadas, ni practicadas siquiera en la audiencia pública.

Con toda razón observa el Procurador 1º Delegado en lo Penal que el término para pedir pruebas "no puede ser ampliado por voluntad del peticionario, por cuanto al no hacer uso de él, precluye la oportunidad para ejercer el derecho y en el caso de acceder el juez a la petición que extemporáneamente se hace y practicar las pruebas en ella identificada, éstas carecerían de legalidad..."

No se incurrió, pues, en infracción alguna a las formas propias del juicio y menos se ha conculcado el derecho de defensa del procesado.

El cargo, pues, no se encuentra probado y la causal de casación propuesta, como ya se dijo, no prospera.

2º Causal primera

Se limita el demandante a un alegato de instancia, sin aclarar que la supuesta violación de la ley sustancial que alega pudo serlo por apreciación errónea o falta de apreciación de deteminada prueba. Además, no ha hecho demostración alguna de que en la sentencia se haya incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos, en cuanto a los elementos de juicio tomados en consideración para estimar pertinentes las circunstancias de mayor peligrosidad indicadas en los ordinales 3º y 6º del Art. 37 del Código Penal; y mucho menos precisa qué pruebas hubieran podido dar pie a las circunstancias de menor peligrosidad que anota el actor, y que no apreció el fallador de segunda instancia.

En estas condiciones, el cargo no pasa de quedar simplemente enunciado y, por tanto, la Corte concluye en que no tiene demostración.

Como se expresó ya, tampoco prospera esta causal de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Evencio Posada, Secretario.

DEBER DE DAR NOTICIA DE LA OCURRENCIA DE CUALQUIER INFRACCION

La inobservancia del artículo 12 del C. de P. P., permite estructurar el delito de abuso de autoridad cuando se trata de un funcionario público, y el de encubrimiento cuando la omisión proviene de un particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Presenta el doctor Alfonso Romero Aguirre denuncia contra los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Manuel Enrique Daza Alvarez, Rafael Suárez Poveda y Oswaldo Castilla Uribe, por el supuesto delito de prevaricato.

Considera el denunciante que los acusados incurrieron en aquella infracción punible al revocar el fallo laboral de primera instancia, proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta ciudad, en el que se condenaba a la Cámara de Comercio de Bogotá a indemnizar a la señorita Ana Meleth Ospina por despido injusto, pues entiende el doctor Romero Aguirre que la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, no obstante que el supuesto delito de giro de cheque en descubierto de que fue sindicada la nombrada señorita Ospina por la Cámara de Comercio de Bogotá no fue investigado, "resolvió en un trapecio movible, inventar que no se había incurrido en delito...", pero "para defender a la generosa Cámara de Comercio..." se aceptó como ocurrida, por parte de la demandante, "una inmoralidad, es decir, buscó la manera de torcer la ley, para lograr un efecto económico jurídico a favor de la parte demandada, apareciendo la Sala como concediendo sus bendiciones, su indulto, su amnistía, a la trabajadora, camino por el cual no decorosamente recorrido, absolvieron a la poderosa empresa".

Para información previa sobre lo ocurrido, la Corte dispuso que se allegara copia del juicio laboral citado por el denunciante, en el cual aparece:

a) Que la señorita Ana Meleth Ospina giró el día 22 de julio de 1969 el cheque Nº B. 961738 (53) contra el Banco de la Sabana de esta ciudad, a favor de la Cámara de Comercio, por la suma de trescientos pesos (Fl. 21) cheque que esa entidad bancaria no cubrió en las dos oportunidades en que fue llevado al cobro (julio 23 de 1969 y 5 de agosto del mismo año, Fls. 22 y 23).

b) Comunicación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la señorita Ospina, en la que se "da por terminado su contrato de trabajo a partir del 21..." de septiembre de 1969, "por causa justa de acuerdo con el numeral 5º del Art. 62 del C. Sustantivo del Trabajo, que dice: 'Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar del trabajo, o en el desempeño de sus labores'. El hecho inmoral y delictuoso, se ha configurado al girar usted a favor de la entidad un cheque desprovisto de fondos, cheque que ha sido consignado dos veces con idéntico resultado. Los requerimientos hechos por la Tesorería a fin de que se dignara cubrir el valor del cheque en referencia no fueron atendidos. No sobra advertir que a pesar de que usted abusó de la confianza que le habíamos depositado, y de que el acto cometido configura un delito, nos abstenemos de recurrir a los medios legales consagrados en la legis-

lación Penal. (Firmado) Fernando Santos Silva, Secretario General" (Fl. 36).

c) En la sentencia de primera instancia, dice el juzgador laboral: "...se tiene que el despido fue injusto, puesto que la simple invocación de una causal legal establecida en el contrato de trabajo, sin apoyo de mérito que la sustente, no es suficiente para que se aplique sin fórmula de juicio, cuando no ha sido demostrada. Si la ex-trabajadora giró un cheque con fondos insuficientes, que la empresa opositora considera como acto inmoral y delictuoso, ha debido recurrir a la justicia ordinaria correspondiente, a objeto de comprobar sus aseveraciones" (Fls. 94 y 95).

Y en cuanto a este mismo punto, anota el juzgador **ad-quem**:

"En los autos no aparece ninguna prueba que demuestre que el hecho imputado por la demandada a la actora como causal para la terminación del contrato hubiese sido calificado o juzgado como delito por la jurisdicción competente; ni siquiera aparece prueba de que tal hecho se hubiese denunciado personalmente, razón por la cual esta Sala Laboral no puede aceptar un hecho como delito cometido por la actora, por la simple afirmación de la demandada. Respecto a la situación que se analiza, ha dicho la Corte: 'La libertad que en la estimación de las pruebas concede la ley al juzgador tiene un límite, y es el de que cuando ella exija determinada solemnidad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio (C. P. T. Art. 61). Tal ocurre cuando se trata de probar la comisión de un hecho delictuoso del trabajador como justificación de haberlo despedido sin previo aviso...' (Cas. 10 noviembre de 1960, G. J., XCV, 373).

"En cuanto al calificativo de inmoral que también hace la demandada del hecho en comento, la Sala observa lo siguiente:

"A folios 20 y 21 obran las fotocopias autenticadas del cheque B. 961738, Banco de La Sabana, de fecha julio 22 de 1969, que aparece girado por la actora a la entidad demandada; de folios 22 a 25 obran en original y fotocopia autenticada las comunicaciones del citado banco que dan cuenta que el cheque de marras se devolvía por fondos insuficientes. Según estos documentos el cheque en comento fue devuelto por el banco dos veces por fondos insuficientes: La primera vez el 23 de julio de 1969 y la segunda el 5 de agosto del mismo año. La primera devolución tiene en los autos una explicación aceptable, pues de Fls. 67 a 69 obra la fotocopia auténtica del recibo de consignación hecha por la demandante, por la suma de trescientos pesos, el día 22 de julio de 1969, en el Banco de La Sabana, es decir, en la misma fecha del cheque girado por ella y por la misma suma. Pudo ocurrir, lo que es frecuente, la cual es frecuente, que dada la simultaneidad del acto mediante el cual se giró y del otro mediante el cual se consignó, el Banco no alcanzó a hacer el canje correspondiente, pero la segunda devolución no tiene en los autos ninguna prueba que la justifique. La afirmación que hace la demandante en su carta dirigida al Secretario General de la entidad demandada (folio 35) y que dice: 'La señorita encargada de consignar los cheques me dio el plazo suficiente para recoger el citado documento, confiada en lo cual esperé a que se me aprobara el crédito solicitado para cubrir tal instrumento', no está acreditada en el asunto sub-judice, por el contrario, tal afirmación la contradice el testigo Gabriel Posada, Tesorero General de la demandada, cuando afirma que no autorizó en ninguna fecha a su secretaria 'para conceder plazos para cancelar el valor de los cheques devueltos' (Fl. 67). A Fls. 75 y 76 obra la declaración de la señorita Luz Morela Correa Quintero, quien nada dice que pueda corroborar lo dicho por la demandante sobre el plazo para cubrir el cheque devuelto en dos oportunidades. Ante esta situación procesal, este Tribunal no puede concluir que el hecho que se examina se ajusta a las reglas que deben seguirse para hacer el bien y evitar el mal, vale decir, la moral, por tanto es inevitable extraer como consecuencia que no se configura el fenómeno jurídico del despido injusto en el caso sub-lite. Por consiguiente, habrá de revocarse lo decidido por el **a-quo** al respecto y en su lugar habrá de absolverse a la demandada de esta petición".

Pues bien:

Requiere el delito de prevaricato que el agente "a sabiendas profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley..." (Art. 2º del Decreto 2525 de 1963).

En lo resuelto por los acusados, la decisión tomada se apoyó en el alcance de inmoralidad que le dieron al comportamiento de la señorita Ospina, al girar sin previa provisión de fondos el aludido cheque, y no haberlos provisto ni siquiera después de que el instrumento fue devuelto por tal circunstancia, dando lugar a que por tal motivo fuese rechazado por segunda vez.

No encuentra la Corte, en lo anterior, que los Magistrados de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá tuviesen una motivación torcida, encaminada de mala fe a favorecer o perjudicar a alguna de las partes en dicho juicio, y mucho menos que su decisión fuese tomada a sabiendas de que, supuestamente, era contraria a la ley. Al contrario, lo resuelto no está ausente de razones y fundamentos atendibles.

Sabido es que el ámbito de la ilicitud moral es mucho más vasto que el campo de la ilicitud penal. En todo delito puede hallarse una ofensa a la moral, pero no se tiene lo contrario. El campo del delito es restricto y se concreta a las conductas que la ley ha previsto con ese alcance. Lo moral, cuya estimación compete al juez en cada caso cuando tal concepto se ocupe, es aquéllo que según las épocas y los pueblos se estima como bueno y justo.

En el juicio laboral aludido el juzgador de segunda instancia, ante la ausencia de investigación penal previa por el supuesto delito de giro de cheque en descubierto, debió calificar lo probado al respecto y con los elementos de juicio traídos al juicio, en su alcance ético, para estimar si era o no procedente la norma que trae el ordinal 5º del Art. 62 del C. Sustantivo del Trabajo, que alude no sólo al acto delictuoso, sino también al que resulte inmoral, para justificar el despido.

Resulta, entonces, manifiesto que los acusados no incurrieron en infracción penal alguna y debe darse aplicación al artículo 320 del C. de Procedimiento Penal que dice: "El juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse. Tal decisión se tomará en providencia motivada contra la cual proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante".

Ahora bien:

No escapa a la Corte que es posible que se haya incurrido en el delito de encubrimiento, de que trata el artículo 201 del C. Penal, que dice:

"El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diere cuenta a la autoridad, incurrirá en multa de cinco a quinientos pesos".

De otra parte, es posible que el juzgador de primera instancia en el juicio laboral haya podido cometer el delito de abuso de autoridad al omitir el deber que señala el artículo 11 del C. de Procedimiento Penal derogado, vigente para la época en que el referido juicio laboral fue adelantado.

En efecto:

a) Como se dejó transcrito, el señor Francisco Santos Silva, Secretario General de la Cámara de Comercio de Bogotá, en oficio de 16 de septiembre de 1969, dice a la señorita Ospina, en relación con el supuesto delito de giro de cheque en descubierto, que "el acto cometido configura un delito..." y ... "nos abstenemos de recurrir a los medios legales consagrados en la legislación penal".

b) El citado Art. 11 del C. de Procedimiento Penal vigente durante el trámite de primera instancia del juicio laboral adelantado por la señorita Ospina contra la Cámara de Comercio de Bogotá, dice:

"Cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes.

"Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la mis-

ma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable".

Esta averiguación no fue ordenada por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

Es sabido que es de interés público la averiguación y sanción de los delitos. Y cuando para iniciar la acción penal no se exige querella, ese interés público no queda librado a la voluntad de quien tenga conocimiento de que se ha cometido algún delito, si se trata de un habitante del territorio colombiano que haya llegado a la edad señalada en la ley y no esté en alguno de los casos de que trata el artículo 13 del C. de Procedimiento Penal.

A lo anterior alude el denunciante, doctor Romero Aguirre, cuando anota que en dicho juicio laboral se está como "concediendo las bendiciones, el indulto, la amnistía a la trabajadora..."

Deben, pues, compulsarse las copias pertinentes para que se resuelva si es el caso o no de adelantar las investigaciones de que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: ABSTENERSE de abrir investigación penal en cuanto al cargo de prevaricato que el denunciante hace a los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, doctores **Manuel Enrique Daza Alvarez, Rafael Suárez Poveda y Oswaldo Castilla Uribe.**

Segundo: Compulsar copia de este informativo para que el Juez Penal del Circuito de Bogotá (reparto) resuelva si es el caso o no de abrir investigación por el delito de encubrimiento en que haya podido incurrir el señor **Fernando Santos Silva,** Secretario General de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Tercero: Compulsar copia del informativo para que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá resuelva si es el caso de abrir o no averiguación por el posible delito de abuso de autoridad en que haya podido incurrir el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

Cuarto: Enviar copia de lo pertinente al Juez Penal Municipal de Bogotá (reparto), para que resuelva si corresponde o no abrir investigación por el posible delito de giro de cheque en descubierto, en que haya podido incurrir la señorita Ana Meleth Ospina.

Cópiese, notifíquese y una vez cumplido lo ordenado, archívense estas diligencias.

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

Evencio Posada, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REFORMATIO IN PEJUS

Cuando el sindicado es el único recurrente no puede la Corte modificar la calificación jurídica dada a los hechos en perjuicio de quien promovió el recurso, pues éllo llevaría a una reformatio in pejus, para lo cual no le asiste competencia a esta Corporación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.— Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado Leopoldo Ortiz González contra el auto del Tribunal Superior de Ibagué, de trece de septiembre último, por el cual se resuelve:

"1º. Llamar a juicio, por los trámites ordinarios, a Leopoldo Ortíz González, ex-Juez Promiscuo Municipal de Dolores y de condiciones civiles consignadas en su indagatoria, por el delito de abuso de autoridad, de que trata el Código Penal en su Título III, Capítulo IV, Libro 2º.

"2º. Sobreseer definitivamente al mismo Leopoldo Ortiz González de los cargos que le aparecen en esta investigación como responsable (sic) del delito de 'detención arbitraria'.

"3º. Expedir copia de lo conducente de este proceso para pasarla al señor Juez Penal del Circuito de Purificación (reparto), para la investigación y fallo de la conducta del señor Rubén Saavedra Carvajal, Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Dolores, frente al hecho averiguado".

Hechos

Señala el Procurador 2º Delegado en lo Penal lo siguiente, como antecedentes a tomar en cuenta:

"En declaración rendida ante el Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría en el Espinal, el 9 de abril del corriente año, Ismael González le imputó a Ortiz González dos hechos, a saber: Haberlo privado de la libertad con abuso de las funciones de juez, y haberlo obligado a comprar, con destino al juzgado, útiles de escritorio por valor de ciento cincuenta pesos.

"El Tribunal Superior de Ibagué abrió investigación penal al acusado, y en su desarrollo se estableció el carácter de juez y el ejercicio de funciones por la época de autos (fls. 52, 44 y 45); oyó en declaración indagatoria (fl. 67 y ss) al sindicado, y practicó las pruebas que consideró conducentes al esclarecimiento de los hechos.

'El caudal probatorio vino a demostrar que el 19 de octubre de 1971 Jesús Amado Quevedo solicitó al Juzgado Promiscuo Municipal de Dolores la comparecencia de Ismael González, para que bajo la gravedad del juramento absolviera un cuadro de posiciones contenido en sobre cerrado.

"Se ordenó citar a González para contestar el interrogatorio formulado, y, al efecto, se libraron una boleta de comparendo y un oficio al Comandante del puesto de Policía de Rionegro, para que se presentara a las once de la mañana del 8 de enero en curso (fs. 38 v. y 39). Como González no cumplió la citación, a instancias de la parte interesada el juez Ortiz González libró al Comando de Policía la boleta de captura Nº 005, de 12 de enero, fs. 42 y 58).

"El sábado quince del mismo mes de enero fue capturado González por la policía y conducido al juzgado a eso de las diez de

la mañana. El secretario, **Rubén Saavedra**, en ausencia del juez, dirigió al Director de la Cárcel Municipal el oficio Nº 027, concebido en los siguientes términos: 'Sírvase mantener en el establecimiento carcelario en calidad de capturado al señor Ismael González Montero por SANCION, por el término de nueva orden. De Ud., atentamente, p/ **Leopoldo Ortiz González**, Juez Promiscuo Municipal, firmado **Rubén Saavedra**' (f. 38).

"En las primeras horas del lunes 17 de enero el juez **Ortiz González** hizo conducir al capturado a su despacho, cumplió con él la diligencia de interrogatorio y lo dejó en libertad, pero le impuso la obligación de comprar útiles de escritorio por valor de ciento cincuenta pesos con destino al juzgado, lo cual cumplió González.

"El sindicado explicó los antecedentes que lo llevaron a impartir la orden de captura, pues 'se llenó de motivos para éllo' y justificó este acto conforme a la autorización del Art. 317 del C. de Procedimiento Civil. Agregó que 'en vista de que había permanecido algunas horas retenido en la cárcel por orden de mi Secretario, fue puesto inmediatamente en libertad sin imponérsele multa, exigiéndosele para el servicio del juzgado unos útiles de escritorio, precisamente porque el cúmulo de trabajo que tiene el juzgado de Dolores exige papel en abundancia, cintas para máquinas, papel carbón, sobres y la partida de la nación es escasamente de ciento diez pesos, que no es suficiente...'.

"Admitió haber librado la orden de captura porque la Policía no presentó a **González** a pesar de haber sido solicitada su comparecencia mediante oficio y reconoció que la sanción pecuniaria por desacato debió motivarse 'y ese era el propósito mío, pero en vista de que mi secretario dijo que en vez de echar una providencia se le impusiera la traída de unos útiles, porque se estaba empezando el año y la delegación para el pago de los útiles llegaba muy tarde, se dejara el asunto así, para que los entregara al juzgado sin más vueltas, ni resoluciones, ya que ese día, por ser lunes, tenía una cantidad de personal del campo que despachar. Esa la razón para que no se hubiera proferido la resolución respectiva, sancionándolo con una multa... Lo grave hubiera sido que se le hubiera exigido alguna suma de dinero al individuo **González Montero**, pero no fue así, sino que se le exigió unos útiles que se invirtieron en el mismo juzgado', (f. 72).

"Repitió que la orden de captura se expidió en vista de la renuencia de **González** a presentarse al Juzgado, pero no se imaginó que éste fuera puesto a su disposición el sábado siguiente 'cuando yo me encontraba atendiendo a mi esposa en esta ciudad de Ibagué, en un ataque de la vesícula' ".

Considera la Corte

El juzgador a-quo ordenó la consulta del sobreseimiento definitivo. Igualmente anota en la parte motiva que, "como el ilícito de que se trata no conlleva privación de la libertad personal, la Sala omitirá decretar la detención preventiva del mismo inculpado". Se dice por el Tribunal Superior de Ibagué que la infracción porque se llama a juicio al juez **Ortiz González** es la prevista en el artículo 171 del Código Penal.

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, luego de anotar que lo concerniente a la privación de la libertad del nombrado **González Montero** es totalmente ajeno al juez **Ortiz González**, expresa que "resulta sí plenamente acreditado que..." el juez... "de Dolores, con abuso de sus funciones y sin el propósito de obtener un provecho ilícito, constriñó a Ismael González a pagar una contribución que legalmente no debía...". Y observa el Ministerio Público que "esta conducta constituye una exacción contemplada y sancionada como delito de CONCUSION por el artículo 158 del Código Penal, pues el sindicado, por un exceso de celo en el cumplimiento de las funciones de juez, obligó a la víctima a pagar una contribución a cargo del Estado, que legalmente no debía". Pide, en consecuencia, que la Corte "confirme el sobreseimiento consultado y la orden de expedir copias para investigar la conducta del secretario **Rubén Saavedra**, y reformar el auto de proceder apelado, en

cuanto a la calificación jurídica de los hechos atribuidos al juez Leopoldo Ortiz González".

Pues bien:

A. En cuanto al sobreseimiento proferido

Dada la imputación hecha al juez Ortiz González del delito de detención arbitraria y la pena prevista para esta infracción, su consulta es pertinente, pues de acuerdo con el numeral 1º del Art. 199 del C. de Procedimiento Penal, el grado de consulta procede respecto de "la sentencia y el sobreseimiento definitivo, cuando la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año".

B. En cuanto al llamamiento a juicio

Es evidente que el juzgador a-quo incurrió en yerro en la calificación de la conducta del juez Ortiz González al estimarla como constitutiva del delito de abuso de autoridad, según lo que preceptúa el artículo 171 del Código Penal, pues, como observa la Procuraduría 2ª Delegada en lo penal, los hechos averiguados conforman el caso de concusión de que trata el artículo 158 de la misma obra.

Según la norma últimamente citada, "si al cometer el hecho de que trata el artículo anterior, no obrare el agente con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, se le impondrá multa de ciento a mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por dos años".

El artículo 157, dice:

"El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, y con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, constriña o induzca a alguien a pagar impuesto, contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento que legalmente no se deba, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período.

"Si empleare intimidación o invocare orden superior o mandamiento judicial, se aumentará la pena hasta en la mitad".

En efecto, está plenamente comprobado que el juez Ortiz González, indebidamente, constriñó al denunciante González Montero, sin ánimo de lucro para sí o para otro, a contribuir en los gastos de funcionamiento del despacho a su cargo, haciendo que comprara y pusiera a disposición de la Oficina útiles de escritorio por la suma de ciento cincuenta pesos.

Ahora bien:

El delito de concusión de que se ha hecho referencia conlleva una sanción más grave que la prevista para el de abuso de autoridad porque fue llamado a juicio el procesado Ortiz González, según lo que se indica en el artículo 171 del Código Penal.

En estas circunstancias y habiendo sido el sindicado el único recurrente del proveído del Tribunal Superior de Ibagué, no puede la Corte modificar la calificación jurídica dada a los hechos, como lo pide el Ministerio Público, pues éllo llevaría a una reformatio in pejus, para lo cual no le asiste competencia a esta Corporación.

Recientemente la Corte (providencia de veintisiete de noviembre del corriente año), dijo:

Se "estima..." que el juez o tribunal adquem, en los casos en que el apelante es sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso. Porque es enteramente contrario a los fines de la alzada el motivo que, de apreciarse, causaría aumento en la penalidad o agravaría los cargos que son materia de la acusación. Como se dice en el ensayo reproducido" (se refiere la Corte al estudio presentado por el Magistrado, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y publicado en la Revista de esa Institución, Nº 199, pgs. 221 a 227)...," el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al thema decidendum de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión, co-

mo representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, mas también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (Art. 102 del C. de P. P.). Por manera que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos excogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del ad-quem, para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado. Asimismo dispone el superior de una especie de medio excepcional, cual es la nulidad, que puede decretar oficiosamente cuando conozca del asunto en virtud de la consulta o por apelación de cualquiera de las partes (Art. 212 del C. de P.P.), si el inferior incurre en flagrante violación de la ley".

Y como ya se dijo, en la calificación de los hechos, se incurrió en el auto de proceder en yerro relativo a la denominación jurídica de la infracción, lo cual conlleva nulidad de lo actuado a partir de dicho auto de proceder, inclusive, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 5º del artículo 210 del C. de Procedimiento Penal.

No obsta a tal declaratoria de nulidad el que se haya sobreseido definitivamente en favor del juez Ortiz González en cuanto a la acusación de detención arbitraria, porque se trata de hechos conexos que deben ser calificados en una sola oportunidad procesal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, DECLARA nulo lo actuado en este proceso a partir de la providencia que calificó el mérito del sumario, inclusive y de la cual se ha hecho referencia, a fin de que se reponga el procedimiento por el juzgador de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Ibagué.

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

Evencio Posada, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

Solo cuando es absoluta la inasistencia jurídica del procesado, debe entenderse como denegada la garantía del derecho de defensa que consagra el Art. 26 de la C. N. — Elaboración de cuestionarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.— Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 1º de septiembre de 1971, por la cual le fue impuesta al procesado, Sargento Segundo del Ejército, señor Alberto Reinoso Torres, la pena principal de veinticuatro años de presidio, por homicidio agravado.

Conoció en primera instancia el Comando de la Quinta Brigada del Ejército, con sede en Bucaramanga.

Hechos

Anota el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares que "los hechos tuvieron ocurrencia el 5 de octubre de 1969, en la vereda de 'El Pescado', jurisdicción del municipio de Río de Oro, Departamento del Cesar, fecha en la cual fallecieron los señores Fermín Ruiz Carreño, Juan Bautista Caballero, Roberto Fuentes, Antonio Jaimes y José Cecilio Gómez, quienes en principio fueron capturados por una patrulla del Ejército, comandada por el Suboficial procesado, y luego llevados a un sitio muy distante de la casa de habitación de Ruiz Carreño, donde tres de las víctimas recibieron en la cabeza disparos de revólver propinados (sic) por el particular Aquilino Rincón, quien hacía las veces de informante y de guía del personal militar, todo ésto en presencia del Suboficial Reinoso Torres. Luego de consumar la muerte de los tres campesinos, la patrulla siguió con los dos restantes, hasta otro lugar ubicado a considerable distancia del anterior, donde el Sargento Reinoso impartió la orden a dos de sus soldados para que dispararan sus fusiles de dotación oficial contra Fermín Ruiz Carreño y Juan Bautista Caballero, quienes desde el lugar de su aprehensión fueron maniatados".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor la causal cuarta de casación y propone dos cargos, a saber:

a) Que careció de defensa el procesado Reinoso Torres, pues el actor, quien recibió mandato para la defensa de aquél, no pudo intervenir en el Consejo de Guerra llevado a cabo en este proceso.

b) Que se incurrió en yerro en la elaboración de los cuestionarios y, de consiguiente, se tiene el caso de nulidad previsto en el ordinal 6º del Art. 441 del C. de Justicia Penal Militar.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, luego de un examen minucioso de los cargos propuestos, estima que ninguno resulta demostrado y pide, en consecuencia, que se deseche el recurso.

A la demanda y a la respuesta del Ministerio Público pasa a referirse la Corte.

Considera la Corte

Se tiene lo siguiente en cuanto a las tachas que hace el demandante al fallo impugnado:

1º. Primer cargo: Violación del derecho de defensa.

Expresa el actor que esta garantía, consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional, fue desconocida para su mandante **Reinoso Torres**, pues, no obstante que fue encargado de su defensa, no pudo intervenir en el Consejo de Guerra en el cual fue juzgado.

Al respecto, anota el Ministerio Público:

"Convocado el Consejo de Guerra, mediante marconigramas urgentes, dirigidos a la oficina y a la residencia del General **Duarte Jiménez**, fechados el 6 de agosto de 1970, se informó que el Consejo de Guerra se llevaría a cabo en la ciudad de Bucaramanga el día 7 de agosto, a las ocho horas (f. 95, del tercer cuaderno). Al folio 97 del mismo cuaderno aparece la constancia del señor Auditor Principal de Guerra de la Quinta Brigada y Asesor del citado Consejo, en la que manifiesta que el día 6 de agosto de 1970 hizo llamadas telefónicas tanto a la oficina, como a la residencia particular del señor General **Duarte Jiménez**, para informarle la celebración del Consejo; como no fue posible hablar personalmente, le dejó razón con las personas que atendieron las llamadas. El mismo día seis, el General **Duarte** envió el marconigrama al juez de primera instancia, en el que manifiesta que por tener que atender obligaciones que le impone el cargo de Senador de la República, no puede asistir a la instalación del Consejo de Guerra.

"Al folio 100 aparece la copia del marconigrama del Presidente del Consejo de Guerra, fechado el 7 de agosto de 1970, en el que le informa al general **Duarte Jiménez** que su petición era negada, y que el Consejo se llevaría a cabo el ocho de agosto, a las ocho horas.

"El Consejo de Guerra Verbal, a pesar de todo; el día 7 de agosto de 1970, como se había ordenado, únicamente se instaló, y al día siguiente se le hizo conocer al procesado las comunicaciones cruzadas entre el Presidente del mismo y el señor General (r) **Duarte Jiménez**, y como **Reinoso Torres** insistió que fuera éste y no otra persona la encargada de hacerle la defensa, la Presidencia ante la ausencia del mencionado Oficial procedió a hacer la designación de oficio, que recayó en el capitán abogado de la Policía Nacional, **Eduardo Prieto Lagos**, o sea el mismo que asistió a **Reinoso Torres** en la etapa de la instrucción previa, esto es, desde la indagatoria. **Prieto Lagos**, en la sesión del Consejo de Guerra llevada a cabo el 13 de agosto del año citado, solicitó la práctica de pruebas y asistió a la evacuación de las mismas, es decir, que el Oficial continuó con la misma actividad profesional desplegada en la etapa de la instrucción previa.

"Siete días después de haberse iniciado el Consejo, o sea el 14 de agosto, precisamente cuando el señor Fiscal iniciaba el debate oral, hizo su aparición al salón de audiencias el señor General **Duarte Jiménez**, quien de inmediato solicitó la declaratoria de nulidad de la actuación del Consejo, o sea, desde su instalación hasta la terminación de la etapa de instrucción, inclusive, que de no hacerlo 'no reasumiría las funciones como defensor del suboficial'. La Presidencia negó el pedimento y se limitó a hacerle saber estar dispuesta a conceder una suspensión del Consejo a fin de que el señor General pudiera enterarse de lo que se había actuado. Igualmente le manifestó no aceptar ninguna constancia, toda vez que no había reasumido legalmente las funciones de defensor. Oído lo anterior, el señor General **Duarte Jiménez** voluntariamente se retiró del recinto, donde se llevaba a cabo el Consejo.

"En las condiciones anteriormente expuestas, continuó en el ejercicio de la defensa del sindicado el señor Capitán **Prieto Lagos**, quien como ya se dijo, se preocupó por cumplir en la mejor manera posible con los deberes que el cargo le imponen (fs. 279 a 286, tercer cuaderno)...".

Pues bien:

La Corte, en varias oportunidades, ha señalado que sólo cuando es absoluta la inasistencia jurídica del procesado debe entenderse como denegada la garantía del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

No se tiene ésto en el presente caso y, de consiguiente, no procede declarar la nulidad que pretende el actor a través de la invalidación del fallo recurrido.

Con toda razón anota el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares que "el suboficial incriminado fue legalmente oído

y vencido en juicio...", y que "la simple circunstancia de que el señor General (r) abogado Duarte Jiménez, después de recibir poder en la terminación de la investigación previa, no hubiera actuado, por circunstancias ya conocidas, en la etapa del Consejo de Guerra, en sana lógica no puede ser causal suficiente para afirmar que el suboficial no estuvo rodeado de la plenitud de las garantías constitucionales para ejercitar su defensa durante el juicio; al contrario, repetimos, el procesado fue oído y vencido en juicio en la forma y términos señalados por la Constitución y la ley penal militar".

El cargo, pues, no resulta probado.

2º Segundo cargo: Yerro en la elaboración de los cuestionarios.

Dice el actor que se incurrió en el motivo de nulidad previsto en el ordinal 6º del Art. 441 del C. de Justicia Penal Militar porque, en su entender, no ha debido ser propuesta en los cuestionarios la circunstancia agravante del homicidio de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, pues ninguno de tales móviles aparece comprobado, como que, antes bien, "el sargento Reinoso Torres... obró simplemente en misión de servicio, según orden superior, y esa misión y esas órdenes, que son en su finalidad nada más ni nada menos que función del Estado en la represión de las guerrillas que atentan contra el orden público y la sociedad, no puede en manera alguna calificarse como innoble o baja".

El Ministerio Público, apoyado en el testimonio de Aquilino Rincón García y en otros elementos de juicio, entiende que fue correctamente traída a los cuestionarios la circunstancia agravante de que se ha hecho mención, pues "los resultados delictivos imputados a Reinoso Torres y por los cuales..." fue condenado..., "no fueron el fruto de la mera casualidad, o de una reacción como respuesta a una provocación, sino de una bien ponderada premeditación, precedida por motivos innobles o bajos".

No obstante, encuentra la Corte que no es a la supuesta ausencia de comprobación de determinados hechos o circunstancias que se lleven a los cuestionarios a lo que se refiere la hipótesis de nulidad que menciona el ordinal 6º del Art. 441 del C. de Justicia Penal Militar.

En el precepto mencionado, se dice:

"Son causales de nulidad en los procesos penales militares:

".....

"6º No haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código".

Y los preceptos que reglan la elaboración de los cuestionarios, según el estatuto penal castrense, son los que pasan a transcribirse:

"Artículo 559. 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 acto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)".

Artículo 561. Para cada delito y para cada sindicado se elaborará un cuestionario separado".

Y dentro del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, se manda:

"Artículo 576. Terminada la etapa investigativa, el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, formulará, por escrito, y entregará a cada uno de los Vocales, el cuestionario o cuestionarios que se sometan a su decisión.

"El cuestionario o cuestionarios se redactarán en la forma indicada en los artículos 559 y 560 de este Código.

"Cuando se procede por varios delitos o cuando son varios los sindicados el Presidente hará preguntas separadas para cada delito y para cada sindicado".

"Art. 577. Si concluida la etapa investigativa aparecieren demostrados, a juicio del Presidente del Consejo, hechos que constituyan delitos de competencia de los Consejos de Guerra Verbales, distintos de los indicados en la Resolución de convocatoria, pero en conexidad con ellos, se redactarán los cuestionarios respectivos. Si los nuevos

delitos no aparecen cometidos en conexidad, se ordenará compulsar copias de lo pertinente para que por quien corresponda se provea lo conducente".

"Art. 560. Una vez elaborados los cuestionarios serán leídos y se agregará copia de ellos al proceso, se suspenderá la sesión y se correrá traslado al Fiscal y a los apoderados, que desde ese momento actuarán como defensores, por tres horas renunciables a cada uno, para que preparen sus alegatos. Pero si fueren varios los procesados, el traslado para el Fiscal será de seis horas, también renunciables".

Y el artículo 560 (citado en el 576, segundo inciso), expresa:

"Los Vocales deberán contestar el cuestionario con un SI o un NO; pero si estimaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las contempladas en el respectivo cuestionario, deberán expresarlo así brevemente en la contestación.

"Parágrafo: Si en el auto de proceder apareciere, o posteriormente se acredite, que el sindicado obró en estado de grave anomalía síquica, o de enajenación mental, o de intoxicación crónica, se preguntará separadamente sobre estas circunstancias".

Pues bien:

En ninguna irregularidad se incurrió en este proceso, en lo que respecta a la elaboración de los cuestionarios, dado que se tuvieron en cuenta los preceptos legales pertinentes.

El cargo, por tanto, no resulta probado.

No prospera la causal cuarta de casación invocada por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

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

Evencio Posada, Secretario.

Sala de Casación Laboral

HONORARIOS Y REMUNERACIONES POR SERVICIOS PERSONALES DE CARACTER PRIVADO — (Corretaje)

Como consecuencia de haberse atribuido competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, según lo dispuesto por los Decretos 456 y 931 de 1956, esta Sala Laboral de la Corte, en diversos fallos en que le ha correspondido decidir en sede de casación sobre problemas relativos a materias como la de que es objeto de discusión en el presente negocio, ha tenido oportunidad para afirmar, como lo hiciera antes la Sala de Casación Civil, el mismo criterio jurisprudencial de que el corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil, que se regula por las normas de esa misma naturaleza contenidas en el Código de la materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio tres (3) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El doctor Mario Castro Romero, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la "Comunidad de Hermanos Maristas de la Enseñanza en Colombia", con la finalidad de que fuesen hechas las siguientes declaraciones:

"1ª. Que en los servicios prestados por el actor doctor Mario Castro Romero a la Comunidad demandada, para la efectividad de la venta que ésta hizo a la Universidad La Gran Colombia de su edificio Nº 8-39 de calle 43 de esta ciudad, perfeccionada por escritura 3436 de 14 de julio de 1970 de la Notaría 9ª de Bogotá, se configuró el mandato especial previsto en los artículos 2142 y 2156 del C. Civil.

"2ª. Que la Comunidad demandada debe pagar al demandante por los servicios que le prestó como intermediario, mandatario o comisionista en la venta relacionada en la declaración anterior la suma de ciento veinte mil pesos equivalente al tres por ciento (3%) sobre el precio de cuatro millones de pesos m. l., en que se vendió el inmueble objeto del mandato y por ser tal porcentaje el usual en esta ciudad de Bogotá, para remunerar esa clase de servicios.

"3ª. En subsidio de la anterior declaración pido que se condene a la demandada a pagar al demandante la cantidad que por el mismo concepto resulte de regulación pericial.

"4ª. Que debe pagar las costas del juicio si se opone al mismo".

Como hechos expuso los que se relacionan así:

"1º. Por escritura Nº 3436 de julio 14 de 1970, otorgada en la Notaría 9ª de Bogotá, dicha Comunidad vendió a la Universidad

La Gran Colombia, en cuatro millones de pesos, el edificio Nº 8-39 de la calle 43.

"2º. El intermediario en ese negocio fue el doctor Mario Castro R., quien como tal ejecutó las siguientes gestiones comprobadas con los documentos que acompaño: A) A mediados de febrero obtuvo del Superior Provincial de la Comunidad el informe de que ésta deseaba vender dicho edificio y autorización para buscar comprador, B). En el mismo mes se comunicó con el señor Rector de la Universidad La Gran Colombia, doctor Jesús M. Arias, de quien consiguió carta ofreciendo por tal edificio la suma de $ 3.800.000 m.c. C) Con base en la carta anterior el Consejo Provincial de la Comunidad, en sesión del 7 de marzo, autorizó al Hermano Eduardo Botero A. para definir el negocio con la Universidad y mediante intervención del mismo doctor Castro Romero a quien le fue entregada carta en tal sentido y fechada el 10 de marzo. D) Asistió a la sesión que la Consiliatura de La Gran Colombia llevó a cabo el 17 de marzo, en la cual presentó la carta de 10 de marzo, dio informes completos sobre el edificio y obtuvo la designación de los doctores Jorge Uribe Restrepo y Arturo Mejía Borda, consiliarios, para perfeccionar el negocio del edificio con la Comunidad vendedora. con lo cual se produjo la escritura 3436 citada en el hecho 1º.

"3º Dos días antes de otorgarse dicha escritura el Hermano Eduardo Botero A. —autorizado por el Superior Provincial para todo lo relacionado con la venta del edificio y otorgamiento de la escritura— preguntó al doctor Mario Castro R. por la cuantía de la remuneración que le correspondería por los servicios de intermediario en esa compraventa, a lo cual el doctor Castro le contestó que la Comunidad debía pagarle el tres por ciento sobre el precio de venta del edificio, o sea la suma de ciento veinte mil pesos, por ser tal porcentaje el acostumbrado en Bogotá para remunerar esa clase de servicios".

Agrega el actor que verificada la venta solicitó el pago de su comisión a lo que el Hermano Botero le respondió que el comisionista había sido el doctor Arturo Mejía Borda quien renunció al cobro de comisión.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la demanda, propuso las excepciones de carencia de acción por cuanto nunca hubo contrato de mandato, y cualquiera otra que resultara probada en el juicio.

Aceptó como ciertos los hechos 1º y 4º negó el 3º y el 5º y en cuanto al segundo lo aceptó como cierto en parte pero no como lo presenta el actor, sino con las explicaciones que ofrece en la contestación.

El Juzgado Once Laboral del Circuito que fue el del conocimiento desató la litis en primera instancia con fallo de treinta de octubre de mil novecientos setenta, por el que condenó a la Comunidad demandada a pagar al actor del juicio la cantidad de ciento veinte mil pesos "por concepto de los honorarios profesionales que le corresponden como intermediario en la venta realizada por la Comunidad mencionada a la Universidad La Gran Colombia por medio de la escritura pública número 3436 de 14 de julio de 1970", con costas a cargo de la demandada.

Apeló de ese proveído el apoderado de la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia de doce de noviembre de mil novecientos setenta y uno revocó el fallo apelado, absolvió de todas las súplicas de la demanda a la parte demandada y condenó en costas de primera instancia al demandante.

Interpuso el recurso extraordinario de Casación el apoderado de la parte actora, admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda y oportunamente la réplica de la opositora, se procede a decidir.

La demanda

El casacionista presenta el alcance de la impugnación así:

"El presente recurso aspira a que sea casada totalmente por la Honorable Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral), la sentencia de segundo grado antes indicada; y que, como consecuencia de lo anterior, la misma Corte por intermedio de su Sala Laboral, erigida en Tribunal de instancia, confirme en todas sus partes la sentencia de primer grado, o sea la proferida por el a-quo

dentro del sub-lite de fecha 30 de octubre de 1970".

Con fundamento en la causal primera de casación formula un solo cargo que el recurrente expone de la siguiente manera:

"Cargo único. La sentencia recurrida es violatoria por vía indirecta —a través de la falta de apreciación de documentos auténticos—, de los artículos 2142, 2143, 2149 del Código Civil y del 333 del Código de Comercio (antiguo pero vigente al tiempo de la sentencia), por el concepto de aplicación indebida, lo que condujo a la violación, por el mismo concepto, de los artículos 27 del Código del Trabajo, 2184 numeral 3º del Código Civil y 379 del Código de Comercio (antiguo pero aplicable), disposiciones que consagran derechos sustantivos.

"Los documentos auténticos (con carácter de tales por reunir las condiciones previstas por el artículo 252, del Código de Procedimiento Civil) que obran en el expediente y que no fueron apreciados por el sentenciador, son los siguientes:

"1. La carta del 7 de marzo de 1970 dirigida por el demandante doctor Mario Castro Romero a los Hermanos Maristas, en la cual ratifica la propuesta de compra del edificio, de conformidad con las gestiones que ya había ofrecido realizar 'según lo tratado con el Hermano Botero', anteriormente, es decir en época anterior al 7 de marzo de 1970, fecha de la comunicación señalada. (Folio 26);

"2. La carta del 10 de marzo de 1970 (en papel membreteado de la Comunidad de Hermanos Maristas) (sic), dirigida por el Hermano Eduardo Botero al doctor Mario Castro, en que aquél le expresa a éste que 'El Consejo me autorizó para entrar en negociación del edificio, de acuerdo con su propuesta', es decir de acuerdo con la propuesta del doctor Castro a que se refiere la carta del numeral anterior, la cual, a su vez, era ratificación de 'lo tratado', entre los mismos, con anterioridad al 7 de marzo de 1970. En la misma comunicación del presente numeral, el Hermano Botero le expresa textualmente a Castro: 'me permito poner en su conocimiento la decisión del Consejo Provincial, y espero ponerme en comunicación con usted para atender concretamente los trámites requeridos'. (Folio 36);

"3. La carta del 5 de marzo de 1970 dirigida por el doctor Jesús María Arias al doctor Mario Castro en que el primero ofrece comprar el edificio por el precio expresado en dicho documento. (Folio 35);

"4. La constancia del Secretario General de la Universidad La Gran Colombia en que se da cuenta de la presentación del negocio del edificio hecha por el doctor Mario Castro ante la Consiliatura de aquella Universidad, durante la reunión del 17 de marzo de 1970; y del nombramiento en comisión por la misma Consiliatura de los doctores Arturo Mejía Borda y Jorge Uribe Restrepo, para negociar directamente con la comunidad de Hermanos Maristas la adquisición del edificio (Folio 34);

"5. La certificación del Síndico de la Universidad La Gran Colombia, doctor Jorge Uribe Restrepo, sobre los mismos hechos del numeral anterior, certificación en cuya diligencia autenticatoria su signatario reconocedor el síndico doctor Uribe Restrepo califica el contenido auténtico de tal documento, en el sentido de que explícitamente se le había dicho al doctor Castro 'que la Universidad La Gran Colombia no pagaría comisión alguna por la compra, ya que esto correspondía al vendedor'. (Certificación a Folio 37, y reconocimiento autenticatorio a Folio 43); y,

"6. Certificación del Presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre remuneración del 3% en negocios de propiedad raíz por transacciones hasta de cinco millones de pesos, a favor de los comisionistas o mandatarios. (Documento público y por tanto auténtico, artículo 252 del C. de P. C., a Folio 68).

"Demostración del cargo

"a) El contexto de los hechos contenidos en los documentos auténticos que acaban de relacionarse constituye una demostración palmaria de que, en contra de la errónea apreciación del sentenciador, el demandante Castro había recibido antes del 7 de marzo de 1970 el encargo de vender el edificio número 8-39 de la calle 43 de Bogotá por parte de sus dueños los Hermanos Maristas. Las más rudimentarias reglas de la

lógica conducen a esta conclusión inevitable, desprovista absolutamente de otra posible alternativa.

"Porque ocurre, en efecto, que para la preindicada fecha del 7 de marzo, que es la fecha de la carta (Fol. 26) dirigida por el doctor Castro a los Maristas y que contiene la **ratificación** de la propuesta del negocio, ya aparece evidente, en la misma carta, que desde antes procedía el encargo del doctor Castro, pues allí se expresaba que la propuesta ratificatoria correspondía 'a lo tratado con el R. H. Botero'; y obviamente, 'lo tratado' a que se refiere la carta del 7 de marzo es algo que necesariamente tuvo que **ser tratado** en un tiempo pretérito o anterior a la fecha de la carta en que, ya como un hecho cumplido en el pretérito, tal **trato** se menciona. Esta mención es plenamente fidedigna, porque en negocios adelantados entre personas de buena fe, sobre intereses cuantiosos y sin que haya surgido controversia alguna entre ellas, ninguna de las partes incurre en la necia ingenuidad de dirigirse a la otra por escrito para reiterarle 'un trato' pretérito inexistente.

"b) Aún más: a la luz de la lógica más elemental, aparece plenamente demostrado que el encargo o mandato conferido por los Maristas al doctor Castro debió producirse antes del 5 de marzo de 1970, y que igualmente las diversas gestiones del mandatario tendientes a cumplirlo debieron proceder a esta fecha, puesto que, si ello no fuera así, no se compadecería con el sentido común que en carta de esa fecha (Ver folio 35), el Rector de la Universidad La Gran Colombia doctor Arias se hubiera dirigido al doctor Castro confirmando —según palabras del primero—: 'nuestra conversación' sobre los términos del negocio, conversación que también tiene que ser necesariamente un hecho pasado o pretérito con relación al 5 de marzo de 1970, fecha de la carta en que ese hecho se relaciona. Luego las gestiones del mandatario Castro antecedieron a la fecha preindicada del 5 de marzo de 1970, cuando ya existe una carta en la cual se hace referencia a tales gestiones como necesariamente realizadas en un tiempo anterior. Además, cabe preguntar: si el doctor Castro no era el comisionado por los Maristas para enajenar el inmueble, qué causa puede explicar que el doctor Arias 'conversara' sobre el negocio con Castro, y le enviara a Castro una comunicación proponiéndole formalmente compra del edificio? Si Castro no era el dueño de éste, ni nunca aparentó serlo, la originaria conversación con Castro y la carta-propuesta subsiguiente sólo pudieron tener una motivación lógica: la de que Castro, en ejercicio de su encargo, **tomó la iniciativa** de ofrecerle al doctor Arias para su Universidad, la compraventa del edificio de los Hermanos Maristas, quienes antes le habían encomendado a Castro adelantar y obtener en el mercado de finca raíz la enajenación del mencionado edificio.

"(Aún excediendo en materia leve el rigor técnico de esta demanda, aquí cabe observar otro de los alibis que la parte demandada ha urdido para desconocer el legítimo derecho que le reclama el mandatario Castro como retribución legal de su gestión. Un presunto incumplimiento no demostrado por parte de la Universidad Social Católica de La Salle a un contrato de arrendamiento celebrado con los Maristas, en relación con el mismo edificio, viene siendo esgrimido por éstos contra Castro, que era el síndico de aquélla, para aseverar que su intervención en la venta del inmueble tendía a compensar los hipotéticos perjuicios de la comunidad arrendadora resultantes de tal incumplimiento. Es una falacia inmensa, pero ingenua. Acaso el presunto incumpliente era el doctor Castro? Podría haberlo sido la Universidad Social Católica de La Salle, que era la arrendataria. En tal caso, ésta pero no el doctor Castro sería la responsable).

"c) La incompleta apreciación de los anteriores documentos se relaciona con la igualmente mútila estimación de la carta de 10 de marzo de 1970, dirigida por el Hermano Botero, administrador provincial de los Maristas, al Doctor Castro, en la cual, como tantas veces se ha relievado, aquél le expresa a éste que 'El Consejo me autorizó para entrar en negociación del edificio, de acuerdo con su propuesta', o sea de acuerdo con la propuesta de Castro, la cual a su vez se vincula retrospectivamente con las gestiones previamente adelantadas por Castro y con el encargo que le habían encomenda-

do los Maristas antes del 5 de marzo de 1970, como ya se vio, encargo en cuyo desarrollo el mandatario Castro ya le había ofrecido el edificio en venta a la Universidad La Gran Colombia, había obtenido del Rector de ésta una propuesta formal de compra (carta del 5 de marzo, a folio 35), le había transmitido esa propuesta a los Maristas (carta del 7 de marzo a folio 26), y había recibido, a nombre del Consejo provincial de los vendedores mandantes, confirmación de que el Hermano Botero estaba autorizado 'para entrar en negociación del edificio, de acuerdo con su propuesta' (carta del 10 de marzo a folio 36), comunicación definitiva y clave para configurar el mandato (hacia atrás y hacia adelante en el tiempo), pues en ella el Hermano Botero, a nombre del Consejo Provincial, no sólo le confirma a Castro la propuesta formal sobre el negocio del edificio, como fruto exclusivo y directo de las gestiones precedentes realizadas por el mandatario, sino que, anteladamente, en ese momento de la negociación, le ratifica su intervención subsiguiente en la misma, al tenor de la declaración con que termina la misiva glosada: 'Por tanto, me permito poner en su conocimiento la decisión del Consejo Provincial, y espero ponerme en comunicación con usted para atender concretamente los trámites requeridos'. (Folio 36).

"Conclusión sumaria y retrospectiva en el tiempo: 1) El 10 de marzo el mandante expresa su aquiescencia a la primera propuesta formal del negocio; 2) Esta propuesta había sido presentada por el mandatario el 7 de marzo, y ella se ajustaba o había sido formulada de conformidad o 'según lo tratado con el Hermano Botero' en un tiempo anterior a dicha fecha, es decir anterior al 7 de marzo; 3) 'El trato' entre el Hermano Botero y el mandatario Castro debió necesariamente anteceder al 5 de marzo, porque en carta-propuesta de esa fecha, dirigida a Castro por el Rector Arias, éste alude a que dicho documento confirma 'nuestra conversación', la cual conversación debió ser anterior en el tiempo a la misiva en que se relaciona.

"Esta retrospección cronológica indica que la gestión de venta del edificio necesariamente debió ser encomendada por los Maristas al doctor Castro desde antes del 5 de marzo de 1970 y además (según el análisis del literal b, anterior), que si el encargo no hubiera pre-existido adolecería de toda explicación lógica el hecho de que la carta de compra del 5 de marzo le hubiere sido dirigida al doctor Castro, quien no se decía ni aparentaba ser el dueño del inmueble objeto del negocio; pero todavía más: la inexistencia del encargo carecería de explicación jurídica frente a la confirmación del mandante contenida en la carta del 10 de marzo, y a la antelada refrendación, explícita en el mismo documento, de que el mandatario, puesto en comunicación con el mandante, atendiera con éste en lo venidero 'los trámites requeridos' para concluir el negocio.

"El análisis del contexto documental emprendido hasta este momento (sobre las cartas relacionadas en los numerales 1, 2 y 3 de este escrito) demuestra palmariamente el manifiesto error de hecho en que incurre la sentencia al valorar en forma fragmentaria y aislada, sin acometer su evaluación conjunta o contextual, y sin establecer sus necesarias e intrínsecas correlaciones temporales, las piezas documentarias auténticas preindicadas, ya que de su cotejo lógico y cronológico puede colegirse sin sombra de duda que es equívoca la aseveración del juzgador de que, con base en dichas pruebas, no aparece demostrado el mandato, porque según la equivocada deducción del ad-quem, la carta del 10 de marzo es de fecha posterior a la carta del 5 de marzo que el Rector Arias le dirigió al doctor Mario Castro. Empero —y aquí radica sustancialmente la falta de apreciación de los documentos relacionados atrás—, el sentenciador omite realizar la correcta apreciación del contenido literal y conceptual de dichas cartas, y de la dirigida por Castro a los Maristas el 7 de marzo, de cuyo cotejo lógico surge, como realidad evidente y necesaria en el espacio y en el tiempo, el hecho indubitable de que el doctor Castro había tratado (con el Hermano Botero) lo relativo a su intervención en el negocio de la venta del edificio en un tiempo anterior al 5 de marzo de 1970.

"d) La constancia del Secretario de la Universidad La Gran Colombia (Folio 34) y la certificación del Síndico Uribe Restrepo (Folio 43), cuyo contenido refleja una de las más importantes gestiones que en cumplimiento de su mandato realizó el doctor Castro, al hacer personalmente la presentación del negocio ante la Consiliatura de la Universidad compradora en su sesión del 17 de marzo de 1970, son fragmentariamente apreciadas por el sentenciador, quien no les confiere a dichos documentos auténticos su definitivo y exacto valor demostrativo de la gestión referida. Por el contrario: con base en la estimación parcial de uno de sus aspectos accesorios, analizado separadamente del restante acervo documental, el juzgador de segundo grado les atribuye a dichas piezas la equívoca significación de que el mandato podría haberle sido conferido a Castro por la Universidad La Gran Colombia y no por los Hermanos Maristas.

"Esta burda y errónea deducción procede de las siguientes apreciaciones parciales y equivocadas de los documentos: 1. La falta de cotejo de los textos de la constancia y de la certificación que equivocadamente la insinúan, con los restantes documentos auténticos demostrativos de que el mandato le fue conferido al mandatario por los Maristas; 2. La atribución de valor probatorio definitivo y absoluto a porciones literales aisladas y anfibológicas, y por tanto equívocas pero no unívocas, tales como la manifestación incierta de que la gestión le había sido encomendada a Castro por parte de la Universidad, lo que sirve de base para que el sentenciador estime erróneamente que la intervención del doctor Castro se produjo a iniciativa del comprador, es decir de la Universidad, cuando en la diligencia de reconocimiento autenticatorio del documento en cuestión su reconocedor, el Síndico Uribe Restrepo, aclara sin lugar a dudas tal aspecto al expresar en forma terminante: 'En todo caso, el doctor Mario Castro fue el iniciador del negocio y quien lo llevó hasta el punto de que ya no era sino obtener un precio más favorable del que por intermedio de él los hermanos Maristas pedían' (Fol. 43); 3. La apreciación incompleta del certificado del Síndico de la Universidad La Gran Colombia, desechando el verdadero alcance que éste le atribuyó a tal documento en la diligencia de reconocimiento autenticatorio, que constituye parte sustancial de dicha pieza probatoria, diligencia en la cual el autor del documento, doctor Uribe Restrepo, expresamente manifestó que al doctor Castro se le había dicho 'que la Universidad La Gran Colombia no pagaría comisión alguna por la compra, ya que esto correspondía al vendedor'. (Folio 43).

"e) Tales son, en resumen, las faltas de estimativa fáctica en que incurre el sentenciador, respecto de los documentos a que se refiere el presente literal. Finalmente, y en relación con las anteriores deficiencias de apreciación documental, el juzgador desestima en su valor probatorio de documento público, y por tanto auténtico, el Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre la remuneración usual de un 3% a favor de los mandatarios o comisionistas que intervienen en negocios de propiedad raíz en la ciudad de Bogotá, y en transacciones hasta de cinco millones de pesos (Folio 68).

"f) Por esta vía indirecta de la falta de apreciación de los documentos mencionados, el sentenciador violó, en primer término, los artículos 2142 del Código Civil y 333 del antiguo Código de Comercio (que estaba vigente en el momento de la sentencia acusada y que por consiguiente era norma jurídica aplicable). El primero de los textos precitados define el **mandato** como un contrato 'en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama **comitente o mandante**, y la que lo acepta, **apoderado, procurador**, y en general, **mandatario**'. Por su parte la segunda disposición preceptúa que 'El mandato comercial toma el nombre de **comisión**, cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas: La comisión es por su naturaleza asalariada'.

"Los tratadistas le atribuyen al contrato de mandato los caracteres de bilateralidad, que algunos califican de imperfecta porque en su origen no produce sino la obligación que contrae el mandatario de ejecutar la comisión que se le encarga y de consensualidad porque basta el consentimiento de las partes para perfeccionarlo, (con la salvedad del mandato o poder general que es solemne). Así mismo, dicen los tratadistas que no es de su esencia que sea gratuito, sino de su naturaleza, pero siempre la de éste, en la comisión comercial, es asalariada.

"La indebida aplicación de las anteriores normas —violadas por vía indirecta según se expresa en el enunciado del cargo— proviene de que ante los claros presupuestos fácticos que indicaban la existencia de un mandato, el sentenciador se equivoca al evaluar los documentos auténticos que configuran manifiestamente dicha especie contractual, y, en consecuencia, deja de acomodar o acomoda indebidamente la situación de hecho a las hipótesis de la situación jurídica general, esto es de la Ley. Sería excesivo recapitular nuevamente —cuando ya se demostró in extenso en los literales anteriores relacionados con el aspecto fáctico de la controversia —cómo es de clara, a la luz de la Ley, la relación contractual de mandato que, desde antes del 5 de marzo de 1970, vinculaba al mandante 'Comunidad de Hermanos Maristas' y al mandatario doctor Mario Castro, para que éste, en el mercado de finca raíz, adelantara las gestiones de venta del edificio de propiedad de aquéllos. Y el negocio de dicho bien, salido al mercado de finca raíz por determinación del mandante, y por tanto sometido a una transacción utilitaria de enajenación a un mejor precio, cobra por ello, en lo que concierne a la relación mandante-mandatario, el carácter de mandato comercial o comisión, cuya naturaleza es asalariada (Art. 333 del C. de Co.). Luego, a la luz de tal carácter mercantil ostentado por el negocio, también resulta indebidamente aplicado el artículo 2143 del Código Civil sobre la remuneración o gratuidad del mandato.

"g) Por el mismo concepto de aplicación indebida y en forma indirecta como ya se expresó, aparece violado el artículo 2149 del Código Civil, cuyo tenor literal reza: 'El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra'. Apreciando solo en parte los documentos auténticos, cuya clara significación probatoria se ha relievado atrás, el juzgador de segundo grado expresa en su proveído que en el caso sub-judice no aparece el otorgamiento del mandato por parte de los Maristas al doctor Castro, aserto que implica la violación por aplicación indebida de la norma preinserta, pues basta revisar su contenido para llegar a la conclusión de que, según la Ley, el encargo, que constituye el objeto del mandato, puede hacerse no sólo por escritura pública o privada, sino por cartas, verbalmente, o de cualquier otro medio inteligible y aún por la aquiescencia del mandante. Repásese el acervo documental antes analizado y erróneamente evaluado por el juzgador, y se verá cómo las piezas documentales más importantes se ajustan y concuerdan con las hipótesis de la Ley. En efecto: si algo está demostrado en el caso sub-judice es el original otorgamiento verbal del encargo de los Maristas al doctor Castro, su posterior ratificación (pasada, presente y futura) por carta, su tracto temporal por varios medios inteligibles, y la aquiescencia no ya tácita sino expresa del mandante a las gestiones adelantadas por el mandatario.

"h) La proposición jurídica completa del presente cargo único se perfecciona demostrando las violaciones de normas de derecho sustantivo que, como consecuencia de lo anterior, se produjeron en la sentencia impugnada. Tales normas son los artículos 27 del C. S. del T., 1284 del Código Civil y 379 del Código de Comercio (vigente y aplicable al tiempo de la sentencia).

"Establece la doctrina que en el contrato de mandato, de carácter sinalagmático y consensual, hay una parte que ordena un encargo y otra que lo ejecuta. Quien da la orden de que se realice el encargo es el mandante o comitente, y quien cumple o efectúa la orden es el mandatario. El mandante y el mandatario quedan, pues, vinculados por una relación, cuyo objeto es ha-

cer o realizar un cometido impuesto por el primero y a cargo del segundo. El mandante, parte ordenadora, subordina al mandatario, parte que cumple la orden y que se halla subordinada al mandante. O sea que de subordinante a subordinado se establece una relación de dependencia para la ejecución de un encargo. Esta dependencia es tan estricta en el contrato de mandato, que la Ley preserva el cumplimiento exacto del encargo prohibiendo y sancionando las desviaciones o excesos en que pueda incurrir, al cumplirlo, el mandatario subordinado.

"La del mandato es una dependencia ciertamente distinta de la continuada subordinación que caracteriza, como elemento sine qua non, al contrato laboral, aunque se asemeja mucho, según los tratadistas, a la relación de la 'locatio operarum'.

"Conclusión sumaria: aunque subjetivamente de naturaleza distinta a la del contrato de trabajo, objetivamente el mandato civil envuelve nítidamente la noción de un trabajo dependiente realizado por el mandatario en beneficio del mandante. Y todo trabajo dependiente, objetivamente considerado (es decir, hecha abstracción de los sujetos patronos y trabajadores), debe ser remunerado. Así lo estatuye perentoriamente el artículo 27 del C. S. del T., que a la letra dispone:

" 'Artículo 27. Todo trabajo dependiente debe ser remunerado'.

"Huelgan argumentaciones reiterativas para demostrar, después de lo expuesto, la violación manifiesta del artículo referido en que por el concepto expresado incurre el sentenciador.

"j) Por su parte el artículo 2184 dispone que 'El mandante es obligado (...) 3º A pagarle (al mandatario) la remuneración estipulada o usual'. Y el artículo 379 del antiguo Código de Comercio (vigente y aplicable cuando se profirió la sentencia) preceptúa: 'El comisionista tiene derecho a que se le retribuyan competentemente sus servicios. Si las partes no hubieren determinado la cuota de la retribución, el comisionista podrá exigir la que fuere de uso general en la plaza donde hubiere desempeñado la comisión, y en su defecto la acostumbrada en la plaza más inmediata...'. Estas dos reglas de derecho sustantivo también fueron violadas, por el mencionado concepto de aplicación indebida, en el proveimiento de segunda instancia, como resultado de los errores de hecho y de las violaciones de derecho que se han demostrado.

"Como consecuencia de lo expuesto, recabo de la Honorable Corte Suprema, Sala Laboral, la casación de la sentencia recurrida dentro del alcance indicado en el Capítulo 4º de esta demanda".

Se estudia el cargo

Sostiene el casacionista que el ad-quem violó en primer término los artículos 2142 del Código Civil y 333 del Código de Comercio, antes vigente, y dice en síntesis que:

"El primero de los textos precitados define el mandato como un contrato 'en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario'. Por su parte, la segunda disposición preceptúa que 'El mandato comercial toma el nombre de **comisión**, cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas. La comisión es por su naturaleza asalariada'."

Como se advierte en la transcripción total del cargo, éste enfoca el ataque contra la sentencia recurrida por ese aspecto de que el Tribunal negó la existencia del mandato o de la comisión, por lo que en concepto del censor fueron violadas las disposiciones que cita del C. Civil y del C. de Comercio, entonces vigente.

El ad-quem al desatar el recurso de alzada se pronuncia de la siguiente manera:

"De las pruebas precitadas no aparece demostrado que la demandada hubiera comisionado al demandante para realizar gestiones en el negocio que efectuó aquélla con la Universidad La Gran Colombia y que culminó con la celebración del contrato de compra-venta a que se refiere la demanda, pues **ninguno de los elementos de prueba allegados al proceso dan cuenta en forma clara y fehaciente de que la Comunidad de los hermanos Maristas le hubieran confe-**

rido la comisión o encargo a Mario Castro R. de vender el inmueble que adquirió la Universidad La Gran Colombia, (se subraya) pues la única pieza probatoria con algún valor indiciario, es el documento del folio 26 contentivo de la carta de 10 de marzo de 1970 dirigida por el Administrador Provincial de la Comunidad al actor Mario Castro Romero, según la cual se le comunica que el Consejo Provincial de la Comunidad estudió la propuesta hecha por Castro Romero y que le autorizó dicho Consejo entran (sic) en negociación del edificio de acuerdo con dicha propuesta. Sin embargo, esta circunstancia no es suficiente para presumir la existencia de una verdadera intermediación entre las partes negociantes, ya que la carta en mención es de fecha posterior a la que el Rector de la Universidad La Gran Colombia le dirigió a Mario Castro autorizándolo para hacer las gestiones pertinentes, en relación con la venta del Edificio de la Fundación de los Hermanos Maristas de la calle 43 número 8-39, por lo cual no se establece con certeza si evidentemente la demandada autorizó a Castro Romero para realizar los actos jurídicos propios de mandato comercial, que conforme a la doctrina y a la jurisprudencia es la llamada Correduría, que es una especie de aquél, ya que su actividad está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes.

"Se advierte por la Sala en el proceso cómo la actuación del demandante Mario Castro Romero tuvo su origen en el encargo autorizado para hacer las gestiones pertinentes, hecho por el rector de la Universidad 'La Gran Colombia', como se evidencia con el examen del documento que obra a folio 35, ya que dicha entidad con fecha marzo 5 de 1970 le hizo saber a Mario Castro por medio del documento en mención, que 'Se obligaría a pagar por el Edificio de la Fundación de los Hermanos Maristas, de la calle 43 número 8-39, la cantidad de $ 3.800.000.00 al vencimiento del contrato actual de arrendamiento del citado edificio...'

Y más adelante agrega el ad-quem:

"Ahora bien, no puede en este evento pasar inadvertidos los elementos esenciales del mandato, a saber: que una parte confiera el encargo y, que se llama mandante o comitente y que otra parte que lo acepta se llame mandatario, por manera que si no se acredita el encargo no se está en presencia del mandato.

"Es más, si se examina la contestación de la demanda en general y lo atinente a la contestación del hecho 2º del libelo en particular resulta que si bien se acepta que el doctor Mario Castro tuvo alguna intervención en la venta del Edificio a que se refiere la demanda, no lo hizo en calidad de mandatario porque de parte de sus representados no hubo en ningún momento el ánimo o la intención de conferir un mandato al demandante Mario Castro Romero. Se trató de una simple recomendación para transar mediante la venta del edificio, los perjuicios que a la Comunidad de Hermanos Maristas le provenían por la intempestiva terminación de un contrato de arrendamiento dos años antes de la fecha pactada en escritura pública número 1125 de 3 de abril de 1967, otorgada ante la Notaría Cuarta de Bogotá, como lo dice textualmente el apoderado judicial en el escrito de contestación en referencia (Fl. 13-15). Efectivamente no pasó de ser una recomendación en los términos del artículo 2147 del C. C., por lo cual en tales condiciones y por todo lo anteriormente expuesto, procede revocar el fallo apelado..."

Frente a esta resolución del ad-quem, el casacionista radica el asunto jurídico concretamente en el ámbito del Mandato Civil y Mercantil y de ahí que en su concepto considera violados por el Tribunal los artículos: 2142, 2143, 2149 y 2182 del C. Civil, 333 y 379 del C. de Comercio que tratan específicamente de estas materias.

Empero, de las pruebas analizadas por el fallador de segundo grado, consideradas tanto individualmente como en conjunto, no se deriva la demostración de que los Hermanos Maristas hubieran otorgado mandato al doctor Mario Castro Romero para enajenar los bienes raíces que fueron sí objeto del contrato de compra-venta celebrado entre la Comunidad aludida y la Universidad La Gran Colombia, llevado a efecto, por medio de la escritura pública que cita el demandante. Es decir que, no apa-

rece demostrado que el doctor Castro Romero, como mandatario hubiera obrado por cuenta y riesgo de la presunta Comunidad mandante, según la definición del mandato que el propio casacionista cita y transcribe en el cargo.

Cabe observar aquí que, el Tribunal en la sentencia acusada enfoca el problema en estudio por el aspecto del mandato, que considera no probado, al tenor de los apartes antes transcritos, empero en el desarrollo de las argumentaciones sustentatorias de la providencia confunde varias figuras jurídicas.

Acerca de la diferenciación entre el mandato propiamente dicho y la modalidad especial de la venta de bienes raíces, la Corte reiteradamente ha sostenido la siguiente jurisprudencia:

"Es evidente que el Código Civil no contempla ni regula de manera específica la institución del corretaje. La razón de esta omisión es clara, por tratarse de una actividad profesional mediante cuyo ejercicio se procura acercar a la oferta con la demanda; que se desempeña por agentes o corredores que secundan la actividad de los mercaderes a quienes ponen en contacto directo para la consumación de un negocio, por lo que su posición jurídica es la de verdaderos comerciantes. Además, la actuación autónoma de los corredores en la vida mercantil, el no investir carácter de mandatarios de ninguno de los contratantes, su falta de subordinación referente a las partes a quienes acercan y, el valor probatorio de los asientos de sus libros en las contiendas que puedan surgir entre los negociantes a quienes aproximan, son circunstancias también decisivas para arribar a la conclusión de que se trata de verdaderos comerciantes. De ahí, que esta figura jurídica, esté prevista y reglamentada en el Código de Comercio, que constituye el ordenamiento legal que rige de preferencia en los asuntos mercantiles y que debe aplicarse exclusivamente siempre que se resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan, según las voces del artículo 1º de esta obra, en el que se dispone, además, que sólo en los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, se aplicarán las del Código Civil.

"Ahora bien, las **operaciones de corretaje**, son actos de comercio según el numeral 13 del artículo 20 del Código de Comercio, y el artículo 66 de la misma obra, expresa que el oficio de corredor 'se considera por la ley como un ramo de comercio'. Conforme al artículo 9º del mismo Código, 'se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esa industria, y de que trata el presente Código'. Por lo que quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor, es comerciante. La actividad intermediadora no se circunscribe a la sola esfera comercial, ya que invade también el campo de la contratación civil, como ocurre con el encargo para la compra y venta de bienes inmuebles, en que el objeto de la intervención del corredor es de esa índole. En estos casos, no puede decirse que el corretaje deje de estar regido por la ley mercantil, toda vez que no hay reglamentación de la profesión de corredor en el Derecho común. Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles y cualesquiera la calidad de las partes contratantes (civiles o comerciantes) el corretaje, como tal, será regido por la ley comercial. Otra cosa bien distinta es que, respecto a los interesados que concluyan el negocio celebrado mediante la intervención del corredor, deba tenerse en cuenta la naturaleza civil o comercial del acto para regular sus efectos o para dirimir las controversias que entre éstos puedan presentarse. La intermediación siempre constituye acto de comercio y por tanto las normas sustanciales de naturaleza mercantil son aplicables a las cuestiones o controversias que se susciten entre el corredor y las partes y viceversa. Por el contrario, las controversias entre los contratantes se debatirán, conforme a la naturaleza del acto o negocio realizado.

"Se ha dejado visto que el corretaje constituye un acto típico de comercio (ordinal 13 del Art. 20 del C. de Co.) y que, conforme a la previsión del artículo 9º, la reiteración

en la ejecución de esos actos, de modo profesional, califican a quienes lo realizan a nombre propio, como verdaderos comerciantes, sujetos, por tanto, a la ley mercantil. Podría creerse que si la actividad del intermediador no es profesional, sino simplemente ocasional, por no ser reiterada ni constituir para el agente un medio de vida, no puede calificársele de comerciante y menos, aplicársele la ley mercantil. Empero, tal circunstancia no excluye la regulación por dicha ley al caso controvertido, por mandato expreso del artículo 10 del Código de Comercio, que preceptúa: 'Los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio'.

"Hasta el año de 1954, la Corte, Sala de Casación Civil, había sostenido la tesis jurisprudencial de que las disposiciones del Código de Comercio no eran aplicables a la intermediación para la venta de fincas raíces por no tratarse de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles estaban fuera del campo del Derecho Mercantil. Empero, esa doctrina fue modificada por la misma Sala, mediante sentencia de 6 de octubre de 1954, al decidir el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciado en el juicio ordinario promovido por Aristóbulo Urueña Molano contra Elías Benrey, sobre el reconocimiento y pago de una comisión (Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII Nº 2147, Págs. 854 a 864).

"En esta oportunidad, la Sala después de hacer un detenido estudio de la materia, con base en nuestra legislación mercantil y con apoyo en la doctrina de modernos y eminentes tratadistas de Derecho Comercial fijó un nuevo criterio sobre tan importante punto, que esta Sala Laboral prohija y acoge en su integridad, como aplicable al caso en estudio.

"En esa sentencia, la Corte dijo lo siguiente:

"La doctrina moderna hoy no pone en duda el carácter mercantil de la intermediación en materia de propiedad raíz cuando ésta se ejercita por una persona que ordinaria y habitualmente se dedica a esta actividad. Quien ejerce profesionalmente el oficio de corredor es comerciante y aunque el objeto de su intermediación sea de índole civil, como la compra y venta de bienes inmuebles, la calidad personal del intermediario imprimir comercialidad a sus propias operaciones, a más de que tal oficio está definido expresamente como un ramo del comercio (C. de C. Art. 66). Además el corredor facilita el cambio de bienes, la circulación de la riqueza. Por lo tanto, no hay por qué distinguir sobre la naturaleza civil o comercial del acto para el cual el corredor sirve de intermediario (V. Gabriel Palma Rogers, 'Derecho Comercial'. T. I., Pág. 124; Lorenzo Mossa, 'Derecho Mercantil', T. I., Pág. 73; C. Lyon-Ceen et L. Renault, 'Traité de Droit Comercial', T. I., Nº 146, Pág. 171; Emilio Langle y Rubio, obra citada, Pág. 733)'.

"En la misma providencia, también se dijo:

" 'En resumen, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

" 'a) Toda operación de corretaje es una operación mercantil cuando es realizada por quien se dedica ordinaria y habitualmente a este ramo del comercio;

" 'b) El corredor como simple intermediario no es un verdadero mandatario. Ni tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio;

" 'c) Quien acepta o solicita los servicios de un corredor puede en cualquier etapa anterior al acuerdo sobre las condiciones del negocio, modificar sus pretensiones, o resolver no adelantar el negocio, o prescindir de los servicios del intermediario;

" 'd) El corredor sólo tiene derecho a la retribución cuando el contrato se concluye por virtud de su intermediación con nexo de causalidad. Una revocación abusiva del encargo cuando ya los contratantes se han puesto de acuerdo en la celebración del negocio, gracias a las gestiones del intermediario, no extingue tal derecho. La retribución del corredor, salvo estipulación en

contrario, se paga por mitad entre vendedor y comprador (C. de Co. Art. 88);

" 'e) El corredor profesional en negocios de propiedad inmueble tiene la calidad de comerciante y las operaciones de corretaje que realice son de naturaleza mercantil'.

"Además, como consecuencia de haberse atribuído competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, según lo dispuesto por los Decretos 456 y 931 de 1956, esta Sala Laboral de la Corte, en diversos fallos en que le ha correspondido decidir en sede de casación sobre problemas relativos a materias como la de que es objeto de discusión en el presente negocio, ha tenido oportunidad para afirmar, como lo hiciera antes la Sala de Casación Civil en el fallo a que se ha hecho referencia, el mismo criterio jurisprudencial de que el Corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil, que se regula por las normas de esa misma naturaleza contenidas en el Código de la materia. (Casación de 19 de septiembre de 1960 en el juicio promovido por Carlos E. Melo B. contra Abelardo Dallos Córdoba. Casación de 21 de agosto de 1961 en el juicio promovido por José Luis Zapata y Julio Cardona contra Jorge De Bedout y Emilia Tamayo de De Bedout). En el fallo últimamente citado se dijo lo siguiente:

" 'Si bien el Código de Comercio al reglamentar la institución del Mandato Comercial, incluye la correduría como una especie de éste, según lo preceptúa el numeral 3º del artículo 332, es lo cierto que el corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario, como acertadamente ha dicho la Corte, en Sala de Casación Civil, puesto que no realiza ningún acto jurídico por cuenta del comitente. Su intervención en las operaciones o negocios, está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes. En cambio, en el mandato civil como en el comercial, el mandatario se encarga de gestionar por cuenta y riesgo del comitente, uno o más negocios que éste le confía, para lo cual debe ejecutar determinados actos jurídicos que constituyen el objeto propio del mandato. De esta suerte, la intervención que los demandantes dicen haber tenido en el negocio celebrado entre los esposos De Bedout y Fernando Posada, relativo a la compraventa de una casa, es la que corresponde a meros agentes o intermediarios entre las partes negociantes, por lo que tales actividades no pueden involucrarse o confundirse con las que son propias del mandatario en el mandato civil o en el mandato comisión.

" 'Si como se deja visto la relación jurídica que pudo existir entre las partes contendientes en este juicio, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, es claro que los derechos y obligaciones discutidos sólo podían ser regulados por las normas de naturaleza mercantil, contenidas en el Código de la materia, que reglamenta toda operación de corretaje, y no por las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas en los cargos que se estudian'.

"De acuerdo con lo expresado antes, si la relación jurídica que pudo existir en el caso sub-judice, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, siguiendo la orientación que trazan las doctrinas que se han invocado, es claro que el caso de autos queda bajo el imperio de las normas del Código de Comercio, reguladoras del corretaje, sin que las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como violadas puedan haber sido infringidas por la sentencia, porque no eran aplicables a la materia debatida. Esta omisión sustancial del impugnador, hace ineficaz la acusación formulada contra la sentencia acusada".

En el caso de autos, similar al de la jurisprudencia transcrita, habiendo dirigido el censor el ataque contra la sentencia acusada concretamente acerca del Mandato Civil y Mercantil, propiamente determinados, en directa relación con las disposiciones sustanciales que comprenden su proposición jurídica, mandato que el casacionista considera demostrado y que al contrario estima no acreditado el Tribunal, éste al llegar a la conclusión a que llegó, no violó aquellas normas del C. Civil y del C. de Comercio citadas por el impugnante, porque el fe-

nómeno jurídico contractual que emerge de la demanda en relación con lo que se pretende probar, no es precisamente ese del Mandato Civil o Mercantil que es la pauta trazada por el demandante en casación, sino otro diferente.

En consecuencia el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha doce de noviembre de mil novecientos setenta y uno, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Con costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

PRUEBA DE LA PERSONERIA

Es verdad que el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo se aparta del principio según el cual el demandante debe demostrar la existencia y representación de la persona jurídica de derecho privado demandada, pero tal situación solamente indica que en ese punto la ley procesal laboral es diferente de otras leyes de procedimiento sobre las cuales debe prevalecer en el caso de autos, por ser especial. — Los inconvenientes que pueden atribuirse a una norma de ley no son materia de la discusión judicial, sino base de estudios de la rama legislativa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral — Sección Primera. — Bogotá, julio doce de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Se va a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado del **Hospital General de Villavicencio "San Luis de Monfort"**, contra la sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y uno, proferida por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio**, en el juicio seguido por el doctor **Elías Uribe** contra la entidad recurrente.

Antecedentes

Por medio de apoderado, el doctor **Elías Uribe Pérez**, mayor de edad, vecino de Villavicencio, identificado con cédula de ciudadanía número 17014336 expedida en Bogotá, demandó al Hospital General de Villavicencio San Luis de Monfort, entidad domiciliada en dicha ciudad y representada por el doctor Eduardo Valero Borrás, para que la demandada fuese condenada a pagarle cesantía, vacaciones, prima de servicios, salarios, remuneración de trabajo extraordinario y en días domingos y festivos, indemnización por despido, indemnización por mora y las costas del juicio.

El apoderado del demandante presentó los siguientes hechos en apoyo de sus pretensiones:

"1º Mediante contrato de trabajo verbal celebrado a término indefinido, el doctor **Elías Uribe Pérez** entró a trabajar como médico en el **"Hospital General de Villavicencio, San Luis de Monfort"**, de esta ciudad, desde el día 1º de agosto de 1965 cuando fue nombrado como Médico Residente del Hospital hasta el día 8 de julio de 1969, en que fue despedido en forma injusta, ilegal, unilateral e intempestiva por la entidad demandada.

"2º El doctor Uribe Pérez, empezó devengando la suma de $ 1.500.00 m/cte. como médico residente. Este mismo sueldo le fue asignado con fecha 1º de octubre de 1965 cuando al cargo que venía desempeñando se le denominó "Médico Interno de Planta"; empezó a devengar la suma de 4.000.00 m/cte. con fecha 1º de abril de 1968, cuando fue designado para el cargo de "Médico Residente de Planta"; y, cuando el contrato de trabajo terminó por expresa voluntad y decisión de la parte demandada, el día 8 de julio de 1969, tal era su sueldo mensual.

"3º Además del salario en dinero que la entidad demandada le pagaba al doctor Uribe Pérez como retribución por sus servicios, el Hospital le suministró alimentación y alo-

jamiento, ambas especies de óptima calidad, en razón de su categoría y modalidad de trabajo.

"4º En desarrollo de la relación laboral, el doctor Uribe Pérez estuvo sujeto a un estricto horario de trabajo en el Hospital, que empezaba a las 7 de la mañana hasta la una de la tarde, y se reanudaba a las 5 de la tarde hasta las diez (10) de la noche, todos los días.

"5º Además, y cumpliendo órdenes de sus superiores jerárquicos, el doctor Uribe Pérez tenía la obligación de trabajar 24 horas seguidas e ininterrumpidas, cada tercer día, en jornada que empezaba a las siete de la mañana y terminaba a las siete de la mañana del día siguiente, y con la obligación perentoria de seguir trabajando según la jornada o el horario expresado en el hecho inmediatamente anterior (4º).

"6º El médico Uribe Pérez en desarrollo de la relación laboral, y cumpliendo el horario de que se habló en el hecho 4º, trabajó por orden superior todos los días domingos y festivos nacionales y religiosos que están comprendidos desde el 1º de agosto de 1965, hasta el 8 de julio de 1969, los cuales no le fueron cancelados por la parte demandada, quien tampoco le otorgó el día descanso compensatorio.

"7º A la terminación del contrato de trabajo, la entidad demandada le quedó adeudando a mi poderdante los salarios comprendidos entre el 1º y el 8 de julio de 1969, y hasta la fecha no le han sido pagados.

"8º Mi poderdante no disfrutó de las vacaciones anuales a que tenía derecho por el tiempo comprendido entre el 1º de agosto de 1967, al 1º de agosto de 1968, ni le fueron pagadas o compensadas en dinero a la terminación del mismo. Igualmente, afirmo, que las vacaciones proporcionales por el tiempo que arranca desde el 1º de agosto de 1968 al 8 de julio de 1969 no le fueron reconocidas ni pagadas.

"9º Finalizado el contrato de trabajo que ligó a las partes, la entidad demandada se abstuvo de pagar la prima semestral de servicios correspondiente al primer semestre de 1969 a que tenía derecho el demandante.

"10. La parte demandada al terminar el contrato de trabajo no pagó al doctor Uribe Pérez, ni las vacaciones, ni el auxilio de cesantía, ni la prima de servicios ni los salarios insolutos, ni los salarios correspondientes en horas extras, dominicales y festivos trabajados, ni la indemnización por la ruptura unilateral del contrato, y hasta el presente no las ha consignado en el Juzgado a su digno cargo como lo ordena la ley, por lo cual se ha hecho acreedora a las indemnizaciones sobre el pago de los salarios caídos.

"11. La parte demandada, es una institución de utilidad común que destina más del treinta por ciento de sus entradas para satisfacer el pago de sueldos, emolumentos y honorarios y honorarios (sic) de sus funcionarios, como puede apreciarse en los respectivos presupuestos anuales".

La parte demandada no contestó la demanda, ni propuso excepciones, pero presentó fuera de audiencia, una copia de un concepto relativo a la historia de los hospitales de Villavicencio y a lo que al respecto debía hacerse para resolver el problema proveniente de la duplicación de funciones asistenciales y de la dispersión de fondos.

En sentencia de veinte de octubre de mil novecientos setenta y uno, la Juez Laboral del Circuito de Villavicencio declaró la existencia de contrato de trabajo entre las partes, desde el 1º de agosto de 1965 hasta el 21 de junio de 1969, condenó al pago de $ 21.777.71 por cesantía, $ 2.260.00 por prima de servicios, $ 8.096.66 por vacaciones, $ 11.783.33 como indemnización por terminación unilateral sin justa causa, $ 133.33 diarios a partir del 21 de junio de 1969 y hasta que sean pagadas las prestaciones debidas, como indemnización moratoria, y a las costas del juicio; y absolvió de las pretensiones sobre salarios y remuneración por trabajo extraordinario y en domingos y festivos. La parte demandada interpuso recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en sentencia de 25 de noviembre de 1971, confirmó el fallo del a-quo aclarando que el valor de la prima de servi-

cios era de $ 2.660.00 e impuso al apelante las costas de la segunda instancia. El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de casación, que le fue concedido y está admitido por la Corte.

El recurso

La acusación contra la sentencia del adquem se apoya en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y contiene dos cargos.

Alcance de la impugnación

Con el recurso se busca la casación de la sentencia en cuanto confirma las condenaciones del fallo de primer grado, las revocatorias de ellas como objeto principal, o la rebaja de las prestaciones a la mitad como pretensión subsidiaria.

Primer cargo

Está formulado así:

"Acuso la sentencia recurrida, con fundamento en el Art. 60 del Decreto 525 (sic) de 1964 y disposiciones complementarias y reformatorias, **por violación indirecta, a través de la violación del artículo** 36 del Código Procesal del Trabajo (Decreto-ley número 2158 de 1948) como **violación medio**, falta de aplicación del citado artículo 36 del C. P. del T. (al fallar sin prueba de la existencia de la persona jurídica demandada) que condujo a su vez a violar, **por aplicación indebida** al caso de autos los artículos 249 y ss. 306 y ss., 186 y ss., sobre auxilio de cesantía, primas de servicio y vacaciones, así como el Art. 65 C. S. T., sobre sanción a la mala fe (indemnización moratoria), y el Art. 64 C. S. T. (Decreto 2351 de 1965, Art. 8º) sobre indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa".

El impugnador transcribe el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo, afirma que dicha norma altera fundamentalmente el principio procesal de que tanto el demandante como el demandado están obligados a acreditar su existencia y representación cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado, opina que con ello se buscó facilitar a los abogados de los trabajadores, mas no a éstos directamente, la consecución de una prueba relativamente fácil, sobre el supuesto de que el demandado nada dijera o controvirtiera. Continúa el recurrente señalando los inconvenientes que encuentra en la práctica de tal precepto, para concluir que pueden ser condenadas personas inexistentes y que no pueden ejecutarse las providencias dictadas contra quienes no son personas jurídicas.

Asevera el censor que frecuentemente la falta de prueba de la existencia y representación de la persona jurídica conduce a una condena contra quien no estaba obligado ni podía estarlo; asegura que en el caso presente se está condenando a un establecimiento particular que lleva un nombre determinado por sus estatutos, como fundación, como si fuera el mismo que la costumbre designó con igual nombre pero que es un establecimiento oficial, dependiente de la Nación; y concluye que debió ser demandado el Estado y no la fundación, y que cualquier duda sobre la personería sustantiva de la demandada es cuestión principal de pleito, o sea que surgió controversia sobre el particular.

Termina el cargo de la siguiente manera:

"En este caso era indispensable presentar por el demandante dichas pruebas. **Al no presentarlas, y al fallar el Juez sin estas pruebas**, violó la mencionada norma procesal, o sea el Art. 36, **de manera directa**, al dejarlo de aplicar al caso aplicable, es decir, **por falta de aplicación**. Si hubiese tomado en cuenta tal norma el Juez, necesariamente habría tenido que absolver a la **fundación demandada** de los cargos presentados en la demanda. Pero por esa **violación-medio**, de norma procesal, y precisamente por ella, violó; por aplicación indebida las normas que consagran la obligación de los patronos de pagar determinadas prestaciones sociales..."

El opositor anota que en el juicio no se discutió ni siquiera como cuestión incidental, "la existencia de la persona jurídica señalada como responsable de las obligaciones", por lo cual no era el caso de dar aplicación al artículo 36 del Código Procesal del Trabajo; y que la demandada no puso de presente el problema de su propia existencia o de su representación, únicos even-

tos a que se refiere la norma citada, sino que la persona jurídica obligada era una distinta de la demandada, lo cual no fue probado de manera alguna.

Se observa

El acusador presenta la violación como indirecta, sin indicar que se hubieran cometido errores de hecho o de derecho. Sin embargo, en el desarrollo del cargo manifiesta que la violación fue directa, lo cual precisa la censura inicialmente incongruente.

Además, aunque la falta de aplicación de una norma es motivo de casación civil consagrado dentro de la primera de las causales establecidas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, esa reglamentación no se aplica a la casación laboral, por tener ésta su normación propia en el Código Procesal del Trabajo, sin que exista vacío que autorice la aplicación de reglas de carácter procesal civil.

Dentro de la casación laboral el fenómeno de la falta de aplicación de una norma puede dar lugar a la acusación por infracción directa, cuando la violación proviene de ignorancia de la norma o de rebeldía contra ella, o puede dar lugar a una acusación por aplicación indebida en cuanto se haya dejado de aplicar la ley pertinente para dar cabida a otra que no lo es, bien directamente o bien indirectamente por error evidente de hecho o de derecho.

El acusador señala como violación la falta de aplicación de determinadas normas, pero ese defecto técnico no alcanzará a enervar la acusación, pues la forma como se desarrolla la censura hace entender que se quiere acusar por violación consistente en aplicación indirecta.

Se considera

Es verdad que el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo se aparta del principio según el cual el demandante debe demostrar la existencia y representación de la persona jurídica de derecho privado demandada, pero tal situación solamente indica que en ese punto la ley procesal laboral es diferente de otras leyes de procedimiento sobre las cuales debe prevalecer en el caso de autos, por ser especial.

Los inconvenientes que puedan atribuirse a una norma de ley no son materia de la discusión judicial, sino base de estudios de la rama legislativa. Además, los resultados que señala el impugnador no recaen sobre su propio interés sino sobre los que atañen a su contraparte.

En lugar alguno del trámite de las instancias se presentó controversia sobre los extremos a que se refiere la norma cuya violación se acusa, pues la existencia y representación de la demandada no fueron controvertidas en forma alguna. En efecto, el doctor Eduardo Valero Borrás, a quien se notificó la demanda como apoderado de la entidad, confirió poder al doctor Alejandro Salazar Velásquez "para que apodere al Hospital General de Villavicencio San Luis de Monfort, cuya personería ostento como su Director...", lo cual indica que admitió la existencia de la persona demandada y afirmó tener la representación de ella.

Por otra parte, la demanda no fue contestada, no se propusieron excepciones, no se discutió la existencia o la representación de la entidad demandada, ya que la presentación fuera de audiencia, de una copia no firmada, de un concepto rendido en enero de 1971, cuando la demanda fue notificada en octubre de 1970, no puede constituir base alguna de discusión, pues el concepto no fue decretado como prueba, ni él puede ser medio idóneo para demostrar existencia o inexistencia de personería o representación, fuera de que en el mismo concepto se admite la realidad de la entidad.

El acusador pretende que se controvirtió la personería en cuanto la obligación correspondía al Estado. Este problema es diferente a lo que trata el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo. Se refiere al sujeto pasivo de la obligación y no a que la entidad demandada exista o no y esté bien o mal representada. Contra la calidad de sujeto pasivo de la obligación que los falladores hallaron en la demandada, no se presentó ningún medio probatorio, ni en el recurso se indica cómo los sentenciadores podían haber encontrado obligada a persona distinta o exenta de obligación la demandada.

Dice la sentencia acusada:

"Cabe anotar desde ahora que no obstante haber recibido poder antes de que hubiera precluido el término para intentar las defensas y excepciones de que podía disponer la persona demandada, su procurador judicial limitó su intervención a interponer el recurso de apelación contra la sentencia, recurso que, entre otras cosas, quedo expósito por falta de sustentación, porque agotada como se encuentra la tramitación correspondiente a este segundo grado, la Sala desconoce las razones de inconformidad del recurrente con el proveído que se revisa".

No habiéndose controvertido la existencia de la persona jurídica ni la calidad de su representante, y habiéndose adelantado el juicio sin la prueba de tales extremos, la aplicación correcta del artículo 36 del Código Procesal del Trabajo conducía al Juez a la decisión del caso sin consideración a la falta de la prueba, como lo hizo en el caso presente.

Hubo aplicación de la norma y ella no fue indebida, por lo cual el cargo no prospera.

Segundo cargo

Dice el recurrente:

"Con fundamento en el Art. 60 del Decreto 528 de 1964 y disposiciones complementarias y reformatorias, acuso la sentencia por violación del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, y en igual forma el Decreto Reglamentario de dicho artículo, o sea el D. Nº 53 de 1952, Arts. 1º y 3º, también por falta de aplicación, por vía indirecta, por error de hecho, notorio y ostensible en los autos".

El censor transcribe el inciso primero del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, el inciso primero del artículo primero y el artículo tercero del Decreto 53 de 1952, y concluye de la siguiente manera:

"El demandante desde el principio, estimó que demandaba a una fundación, tal el texto del documento auténtico que contiene el poder (Fl. 1) y según la ley en desarrollo de la Constitución, las fundaciones no persiguen ni pueden perseguir lucro alguno. Al no tomar en cuenta este carácter de fundación, y por lo tanto de entidad sin ánimo de lucro, cometió el Tribunal un error de hecho notorio, no dando por acreditado tal carácter en la persona del demandado, y al no darlo, dejó de aplicar las mencionadas normas. Casada así la sentencia, la Corte como Tribunal de instancia, debe condenar al 50% de las sumas que determina la sentencia acusada, por concepto de cesantía, primas y vacaciones".

El opositor presenta tres reparos a la demanda de casación, así: la reducción de las prestaciones es un hecho nuevo porque no se propuso como excepción ni fue debatida en las instancias, ni considerada por los juzgadores; la proposición jurídica es incompleta porque no se citaron las normas que consagran los derechos a cuyo pago fue condenada la demandada; y según el artículo 5º del Decreto 53 de 1952, ella tenía la obligación de pagar la totalidad de las prestaciones, porque destinó más del 30% de su presupuesto al pago de los sueldos de sus funcionarios, como se demostró en la inspección ocular.

Se observa

Cabe aquí la misma advertencia que se hizo respecto al cargo primero, pues también se está acusando antitécnicamente por falta de aplicación, cuando en casación laboral no es este precisamente un motivo de violación.

Se considera

Dice el fallador:

"Igualmente se estableció el monto total del presupuesto de la entidad asistencial en los años en que el doctor Uribe prestó sus servicios, lo mismo que el porcentaje destinado al pago de sueldos, honorarios y emolumentos, cuestión que importaba establecer porque incide en la cuantía de las prestaciones que deben pagar los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro".

Luego el sentenciador no omitió las consideraciones sobre el carácter de fundación y sobre la falta de ánimo de lucro. Tampo-

co el tema constituye un hecho nuevo en casación, ya que según el párrafo transcrito, la cuestión no fue ajena a las consideraciones del fallo.

Las normas relativas a los patronos sin ánimo de lucro no fueron dejadas de aplicar, ya que la regulación de lo dispuesto en el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra en el Decreto 53 de 1952, y en el artículo 5º del mencionado decreto se ordena que si los patronos sin ánimo de lucro o los establecimientos de utilidad común destinan más del 30% de sus entradas al pago de sueldos, emolumentos y honorarios, sin autorización del Departamento Nacional del Trabajo, quedarán obligados a pagar a sus trabajadores la totalidad de las prestaciones sociales.

El examen de los presupuestos de la entidad demandada, verificado en la inspección, folio 81, demuestra que se aplicó más de ese 30% del presupuesto de rentas para pago de servicios personales, y no se encontró autorización alguna. De lo anterior resulta que las normas acusadas fueron aplicadas correctamente.

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 veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el juicio seguido por el doctor Elías Uribe Pérez contra el Hospital General de Villavicencio San Luis de Monfort.

Costas a cargo del recurrente.

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.

CUMPLIMIENTO O EJECUCION DE LAS SENTENCIAS

Acerca de este particular se anota que, no es viable el ordenamiento solicitado por el memorialista, con fundamento en el artículo 376 del C. de Procedimiento Civil, por cuanto que, en el Derecho Procesal Laboral no está estatuído el cumplimiento provisional de las sentencias de segundo grado, mientras se surte el recurso de casación, como sí lo establece el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil para las allí determinadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, catorce de julio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

Solicita el apoderado de la parte actora aclaración y adición de la sentencia proferida por esta Sala en el juicio de que aquí se trata, en relación con el auxilio de cesantía, por cuanto se casó parcialmente la providencia objeto del recurso en el sentido de invalidar la orden de reintegro de la señora de Ladino a la Empresa demandada.

Como lo expone el reclamante, el ad-quem en cuanto corresponde a cesantía dijo:

"Modifícase el numeral 2º en el sentido de no declarar probada la excepción de pago en relación con el auxilio de cesantía y sí probada la excepción de pago por los conceptos de prima de servicios y prestaciones por maternidad".

En la sentencia de la Corte cuya aclaración y adición se pide, la Sala condenó al pago de indemnización, por las causas anotadas en ella, y como resultado de la invalidación del reintegro ordenado por el Tribunal, empero como lo anota el reclamante, no se dilucidó lo relativo a cesantía.

Es indudable que la cesantía debida a la señora de Ladino por el tiempo servido a la empresa demandada, es también una consecuencia lógica de la terminación del contrato de trabajo motivada por la parte patronal, y corolario de la negativa de reintegro, por lo que la Corte debe pronunciarse sobre esto, toda vez que este punto quedaría sin resolver en el proceso, siendo un pedimento subsidiario sometido a la consideración del fallador.

Es pues procedente adicionar la sentencia con lo advertido.

Ahora bien, como está anotado en el cuerpo de la referida providencia, la señora de Ladino sirvió a los demandados por espacio de diez (10) años, siete (7) meses y trece (13) días, que con un sueldo mensual de dos mil pesos ($ 2.000.00) último demostrado en juicio, sobre el cual se dispuso por el ad-quem efectuar las liquidaciones, daría una cantidad superior a la reclamada por la demandante que es de quince mil quinientos pesos M/L. ($ 15.500.00), a la que se contraerá la condena por no ser de recibo, ahora, pronunciamiento ultra petita.

Desde luego, no sobra anotar que a esta cantidad puede ser imputada por la parte demandada la que recibió la demandante (folios 110 y 111), como excedente de las prestaciones de: maternidad, prima y salarios insolutos que quedaron cubiertos con el depósito efectuado por el señor Allen Lowrie lo cual asciende a la cantidad de ocho mil ciento ocho pesos con ochenta centavos ($ 8.108.80).

A su turno el apoderado de la parte demandada solicita de la Corte en su escrito de veintiséis de junio último, que se declaren sin efecto los actos procesales realizados por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá, para que éste proceda a las

restituciones, desembargo de bienes, etc., por cuanto la sentencia del Tribunal tuvo cumplimiento.

Acerca de este particular se anota que, no es viable el ordenamiento solicitado por el memorialista, con fundamento en el Art. 376 del C. de Procedimiento Civil, por cuanto que, en el Derecho Procesal Laboral no está estatuído el cumplimiento provisional de las sentencias de segundo grado, mientras se surte el recurso de casación, como sí lo establece el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil para las allí determinadas.

Por otra parte, el cumplimiento o ejecución de las sentencias con origen en relación de trabajo, sean ellas judiciales o arbitrales, sólo pueden tener efectividad cuando tales proferimientos se encuentren firmes, es decir, que, tengan la fuerza de la ejecutoria, de donde emana su obligatoriedad, según el claro entendimiento de lo dispuesto por el artículo 100 del C. Procesal Laboral. Y estando regulado el recurso de casación en este código, para esta materia, en donde no se contempla aquel sistema, esa modalidad adjetiva del cumplimiento provisional de las sentencias que trae el nuevo régimen procedimental civil, no puede aplicarse a lo laboral por analogía ni para llenar vacíos, porque no cabe la analogía ni hay vacíos por este aspecto, en vista de las normas que regulan la casación y el cumplimiento de las sentencias en este procedimiento.

Con todo, si esas medidas cuyo levantamiento impetra el memorialista tuvieron efecto, su terminación debe ser consecuencia de la Sentencia de la Corte y en conformidad con el alcance de ésta.

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 ADICIONA la sentencia pronunciada en este juicio con fecha doce de junio del corriente año, en el sentido de CONDENAR, como en efecto condena, a los demandados Allen Lowrie y Mary de Lowrie a pagar a la demandante el auxilio de cesantía que le corresponde en cantidad de quince mil quinientos pesos ($ 15.500.00) a los que la parte demandada puede imputar el excedente percibido por la demandante según lo explicado en la parte motiva.

No puede accederse a lo pedido por la parte demandada.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRUEBA DE LA PERSONERIA

Con todo, lo fundamental de esta acusación obedece a exégesis del acusador sobre el artículo 36 C.P.T., el cual versa sobre cuestión distinta a lo alegado por él en el juicio y en el recurso, como lo es la prueba de la existencia de la persona jurídica demandada y la de la calidad de su representante, y no sobre que la de autos no sea la obligada, a responder, sino una persona diferente. — Lo uno es el presupuesto procesal capacidad para ser parte, que el Hospital demandado no ha desconocido y por el contrario ha afirmado su existencia y comparecido alproceso como persona; lo otro, la condición de sujeto pasivo de la obligación, su defensa de no ser el obligado a responder, por serlo otra persona, que no es el fenómeno contemplado por el artículo 36 del C. P. T.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Ante el Juzgado Laboral de Villavicencio, **Jaime Arango Arango** demandó, por medio de apoderado, al **Hospital General de Villavicencio, San Luis de Monfort**, representado por su Director, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuera condenado a pagarle cesantía, prima semestral, vacaciones no disfrutadas, salarios insolutos e indemnización moratoria, derechos causados por los servicios que le prestó, como médico patólogo, en virtud de contrato que duró del 1º de julio de 1968 al 1º de julio de 1969, con sueldo de $ 9.000.00 mensuales y que concluyó por retiro voluntario del actor. Las partes son de las condiciones que registra el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número 4129 y el libelo inicial expresó que la demandada es una institución de utilidad común que destina más del treinta por ciento de sus entradas para satisfacer el pago de sueldos y emolumentos de sus funcionarios. Impetró, además, los valores procedentes de condenas extra o ultra petita y las costas del proceso.

La demandada no contestó dicho escrito; pero en la primera audiencia de trámite formuló la excepción de declinatoria de jurisdicción, fundada en la falta de agotamiento de la vía gubernativa, y, en subsidio, la de inepta demanda, las cuales, estudiadas como dilatorias, se declararon no probadas y, adelantada la controversia, se resolvió ésta en fallo de 30 de julio de 1971, que consideró también la última excepción como perentoria, en el sentido de legitimación pasiva, así:

"Primero. Declárase no probada la excepción de inepta demanda (legitimación pasiva) propuesta en oportunidad, por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. Declárase que entre el demandante doctor Jaime Arango Arango y la entidad demandada Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort— sí existió un contrato de trabajo que se desarrolló entre las fechas del 1º de julio de 1968 y el 30 de junio de 1969 ,con la prestación de sus servicios como médico, con un salario mensual de nueve mil ($ 9.000.00) pesos.

"Tercero. Condénase al Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort— a pagar a favor del doctor Jaime Arango Arango la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) por concepto de auxilio de cesantía a la que se hizo acreedor por el tiempo servido.

"Cuarto. Condénase al Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort— a pagar en favor del doctor Jaime Arango Arango la suma de cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500.00) por concepto de la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1969.

"Quinto. Condénase al Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort— a pagar en favor del doctor Jaime Arango Arango la suma de cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500.00) por concepto de vacaciones no disfrutadas por el año de servicios cumplido a la terminación del contrato.

"Sexto. Condénase al Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort— a pagar en favor del doctor Jaime Arango Arango, la suma de trescientos pesos ($ 300.00) diarios a partir del día treinta (30) de junio de 1969 y hasta el día en que sean pagadas las prestaciones debidas, como indemnización moratoria, según se motivó en apartes de esta providencia.

"Costas a cargo de la parte demandada".

Por apelación del apoderado del Hospital conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, entidad que decidió la alzada confirmando en todas sus partes la sentencia del a-quo, en la suya de 28 de septiembre de 1971, que impuso, además, costas al apelante.

El recurso extraordinario

Interpuesto por el apoderado de la entidad demandada y recibido en legal forma persigue la casación de la providencia del ad-quem, en cuanto condena a pagar cesantía, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria, para que, "posteriormente, como tribunal de instancia, (la Corte) absuelva de las condenas proferidas en la sentencia acusada". En subsidio, la casación 'en las condenas por cesantía, prima de servicios y vacaciones, y luego como tribunal de instancia, condene (la Corte) sólo al 50% del auxilio de cesantía, prima y vacaciones".

Para estos efectos se formulan dos cargos, que se estudian en su orden, así como las réplicas del opositor.

Primer cargo

Con fundamento en la causal primera de casación laboral acusa "violación indirecta, a través de la violación del artículo 36 del Código Procesal del Trabajo (Decreto-ley número 2158 de 1948) como violación-medio, falta de aplicación del citado artículo 36 del C. P. del T. (al fallar sin prueba de existencia de la persona jurídica demandada) que condujo a su vez a violar, por aplicación indebida al caso de autos los Arts. 249 y ss. 306 y ss., 186 y ss., sobre auxilio de cesantía, primas de servicios y vacaciones, así como el Art. 65 C. S. T., sobre sanción a la mala fe (indemnización moratoria)".

Para sustentarlo el recurrente transcribe el artículo 36 C. P. T. y comenta que esta disposición no sólo es inconveniente sino que altera el principio procesal de que tanto el demandante como el demandado están obligados a acreditar su existencia y representación, cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado; que con ella se pensó facilitar a los abogados de los trabajadores, no a éstos directamente, la consecución de una prueba relativamente fácil, sobre el supuesto de que el demandado nada dijera, nada controvirtiera, pero ello ha traído funestas consecuencias, pues muchas veces por error se demanda el nombre comercial de un almacén, por ejemplo, como si fuera persona jurídica, resultando que el establecimiento comercial que usa dicho nombre es una persona natural o una jurídica cuya razón social no es precisamente esa, y "al hacerse efectiva la sentencia se vuelve inejecutable, por cuanto el título ejecutivo emanado del fallo, no es contra persona alguna natural o jurídica"; que tal es el caso de autos, en que se condena a un establecimiento particular que lleva un nombre determinado por sus estatutos, como fundación, como si fuera el mismo que la costumbre designó con igual nombre pero que es un establecimiento oficial, depen-

diente de la Nación; que la controversia era y es con el Estado y no con la fundación; aquél ha debido ser el demandado y por eso se propuso en el juicio, como excepción de fondo, el que la demanda se había dirigido contra una persona distinta de la obligada, controvirtiéndose como problema fundamental el de la personería sustantiva. Agrega el acusador que en el sub-lite era indispensable que el actor presentara la prueba de la existencia de la persona jurídica mirada como responsable, cuestión principal debatida o de controversia, y al no haberla presentado y fallar el juez sin consideración a ella violó de manera directa la norma procesal primeramente indicada, la cual dejó de aplicar siendo aplicable. Por lo que concluye que si se hubiese tomado en cuenta tal norma habría tenido que absolverse a la fundación demandada de los cargos del escrito inicial, y por la violación medio señalada se aplicaron indebidamente los textos sobre cesantía, primas, vacaciones y mora, infringidos también porque no eran aplicables.

Para el opositor, el ad-quem, para llegar a su decisión condenatoria, hizo aplicación expresa del artículo 36 C. S. T., como se desprende de varios pasos de la sentencia, a los cuales se remite, es decir, todo lo contrario de lo que el acusador le imputa; además, lo aplicó después de haber fijado su sentido y alcance, por lo que el problema no es de inaplicación, sino de interpretación; de otro lado, lo que realmente debatió en el juicio la parte demandada no fue su propia existencia ni la calidad de representante suyo que hubiera tenido la persona señalada como tal, sino que el ente jurídico obligado a responder era uno distinto y, por último, el Tribunal no encontró demostrada la falta de legitimación en causa pasiva para obrar, por lo cual, desde este otro ángulo, el problema es de facto, y, por tanto, habría requerido un planteamiento adecuado, que no es, ni mucho menos, el del cargo.

Se considera

El recurrente persigue, con este cargo primero, que se case la sentencia del ad-quem en cuanto condenó a cesantía, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria, para que, en sede de instancia, la Corte absuelva de esos extremos de la litis, omitiendo, sin embargo, pedir para ese momento procesal la revocatoria del fallo de primera instancia, como debió hacerlo, en razón de que esta providencia despachó de igual modo favorable las peticiones respectivas del libelo inicial. Y en cuanto al ataque mismo se observa, también, que se le anuncia por la vía indirecta y en su desarrollo se afirma violación directa del artículo 36 C. P. T., lo que seguramente obedece a confusión de aquel campo con el carácter de infracción medio que se predica del citado texto procesal, a más de que el dicho concepto directo lo refiere el acusador a cuestión probatoria, consistente en haberse fallado la controversia sin consideración a las pruebas relativas a la existencia de la persona jurídica de la demandada, "mirada como responsable", y a pesar de que esto fue cuestión principal de la controversia, asuntos que no corresponden a un planteamiento correcto de la acusación.

Con todo, lo fundamental de ésta obedece a exégesis del acusador sobre el artículo 36 C. P. T., el cual versa sobre cuestión distinta a lo alegado por él en el juicio y en el recurso, como lo es la prueba de la existencia de la persona jurídica demandada y la de la calidad de su representante, y no sobre que la de autos no sea la obligada a responder, sino una persona diferente. Lo uno es el presupuesto procesal capacidad para ser parte, que el Hospital demandado no ha desconocido y por el contrario ha afirmado su existencia y comparecido al proceso como persona; lo otro, la condición de sujeto pasivo de la obligación, su defensa de no ser el obligado a responder, por serlo otra persona, que no es el fenómeno contemplado por el artículo 36 del C. P. T. El cual, en fin, no fue dejado de aplicar, como lo propone el recurrente, sino entendido de manera que significó su impertinencia para resolver la referida posición defensiva de la demandada, que claramente no fue la de no existir o la de que quien se dijo ser su representante careciese de esa calidad, sino, se repite, la de no ser el sujeto pasivo de las acciones instauradas.

Todo lo cual exhibe que el cargo, desinformado en su planteamiento, carece ade-

más de razón y no conduce a las infracciones de los textos sustanciales que determinaron las condenas del ad-quem.

Se le rechaza, en consecuencia.

Segundo cargo

Con carácter subsidiario del primero acusa violación, por falta de aplicación, de los artículos 338 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º y 3º del Decreto 53 de 1952, reglamentario de aquél, "por vía indirecta, por error de hecho, notorio y ostensible en los autos".

Para sustentarlo el recurrente transcribe el inciso primero de aquel texto del Código de Trabajo, conforme al cual los patronos sin ánimo de lucro quedan sujetos a sus normas, pero para efectos de prestaciones el Gobierno puede efectuar la clasificación de ellos y señalar la proporción y cuantía de las mismas, y el artículo 1º del decreto reglamentario, que entiende como patronos sin ánimo de lucro los que persiguen fines de interés social sin percibir utilidad ni repartir dividendos, señalando luego, en su artículo segundo, que éstos están obligados al pago del 50% de cada una de las prestaciones que fija la ley. Y alega que el demandante, desde un principio, estimó que demandaba a una fundación, "como se desprende del texto del documento auténtico contentivo del poder", a folio 1 del cuaderno primero del expediente, y que, según la ley, las fundaciones no persiguen ni pueden perseguir lucro alguno, por lo que el Tribunal cometió error de hecho notorio al no tomar en cuenta el carácter de fundación de la entidad demandada, que no tiene ánimo de lucro. Y al no dar por acreditado tal carácter dejó de aplicar las mencionadas normas de ley y de reglamento, por lo que debe casarse la sentencia y reducirse al 50% las condenas por cesantía, primas y vacaciones.

El opositor replica que el ad-quem aplicó expresamente los preceptos que el cargo señala como inaplicados, "aunque con efectos negativos, según se desprende de la sola lectura del pasaje pertinente del acápite IV de su proveído"; que tal aplicación fue el resultado de su apreciación de la inspección judicial, prueba que el cargo no denuncia como objeto de errada estimación, y que además lo hizo en razón de lo que dispone el artículo 5º del Decreto 53 de 1952, que el acusador se abstiene de indicar como mal aplicado. Por último, que la proposición jurídica del ataque es incompleta, pues no contiene los preceptos que consagran los derechos a que fue condenada la demandada y cuya cuantía se aspira a disminuir.

Se considera

El alcance que se fijó a este ataque subsidiario, en el capítulo correspondiente, padece también del defecto de no pedir, para la actuación subsiguiente de la Corte en instancia, la modificación del fallo del a-quo, como debió hacerse. Y del cargo asimismo ha de anotarse que, formulado por la vía indirecta, se limitó a enunciar un error de hecho ostensible, sin concretarlo propiamente, pues tan sólo se alcanza a inferir que se trata de no haber dado por establecido el fallador, el carácter de fundación de la demandada, a pesar de que del "poder" que le fue conferido al apoderado del demandante, señalado como documento auténtico, aparece que la acción afirmó esa calidad en la entidad demandada, la cual, de otra parte, no persigue ni puede perseguir ánimo de lucro, según la ley.

Mas ocurre que el Tribunal no desconoció esa condición de la demandada, ni por falta de apreciación de la pieza indicada, ni por mala apreciación de la misma, ni de ninguna otra. Por el contrario, en forma expresa, como lo recalca el opositor, señaló ese carácter y hasta produjo sus condenas atendiendo al mismo. Otra cosa es que, en razón de la prueba de inspección ocular apreció que el Hospital demandado destinó, para las vigencias de la vinculación laboral de autos, más del 30% de su presupuesto para pagos de sueldos, honorarios, remuneraciones y prestaciones, hecho que juzgado conforme al artículo 5º del Decreto 53 de 1952, reglamentario del 338 C. S. T., obligaba al reconocimiento de las prestaciones a que condenó, en su cuantía total y no limitada o disminuída, como lo pide subsidiariamente el acusador. Y éste no se ocupa, ni de la cuestión probatoria ni de la legal en que se fundamentó el ad-quem, por

lo cual el ataque es absolutamente inestimable. Así se definió también en fallo de la Sala del 12 de julio de 1972, sobre cargo igual al de este recurso, en asunto similar contra la misma demandada. (Elías Uribe Pérez contra Hospital General de Villavicencio, San Luis de Monfort).

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.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL

De acuerdo con el ordinal 15 del literal A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa si el trabajador ha estado incapacitado temporalmente por enfermedad no profesional o lesión cuya curación no haya sido posible en ciento ochenta días, siempre que el despido se haga al vencimiento de dicho lapso y previo aviso no menor de quince días. — Reunidos los anteriores requisitos no es aplicable el artículo 16 del mismo Decreto, y en consecuencia tampoco lo sería el artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, porque aquella norma se refiere a otros casos en los cuales no se ha producido la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Rito Antonio Goyeneche, por medio de apoderado, demandó a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que es injustificado e ilegal el despido hecho por la Empresa al señor Goyeneche y que le fue comunicado por carta fechada, el 22 de noviembre de 1967, firmada por el Jefe del Departamento de Personal. Segunda. Que la Empresa está obligada a pagar a mi mandante la indemnización de que trata el numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, literal d), en relación con 20 años 7 meses y 17 días de servicio y un salario de US$ 395.74 por mes, a razón de 45 días de salario durante el primer año, de 30 días de indemnización durante los 19 años restantes y proporcionalmente por la fracción o sea la cantidad de cuatro mil ciento cuarenta dólares de los EE. UU. y cincuenta y cuatro centésimos de dólar (US$ 4.140.54), o su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo oficial de cambio vigente el día del pago. Tercera. Que la misma Empresa está obligada a pagar a mi mandante la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, entre el 7 de diciembre de 1967 y el 6 de marzo de 1968, o sean tres (3) meses, por un valor de un mil ciento ochenta y siete dólares de los EE. UU. con veintidós centésimos de dólar (US$ 1.187.22), o su equivalente en moneda nacional colombiana al tipo oficial de cambio vigente el día del pago. Cuarta. Que la misma empresa está obligada a pagar a mi mandante la pensión mensual plena vitalicia de jubilación, a partir de la fecha en que cumpla 50 años de edad. Quinta. Que la misma Empresa sea condenada en las costas del juicio".

Según los hechos de la demanda Rito Antonio Goyeneche entró a prestar sus servicios el 20 de abril de 1947 como ayudante electricista en uno de los buques de la demandada, encontrándose en perfecto estado de sanidad cuando ingresó a la empresa; fue despedido mediante carta fechada el 22 de noviembre de 1967, en la cual se le dice que a partir del 7 de diciembre del mismo año quedaba retirado de sus funciones por haberse vencido los ciento ochenta días de

enfermedad no profesional; prestó, en consecuencia, 20 años 7 meses y 17 días de servicio a la Flota Mercante Grancolombiana. El promedio mensual del salario devengado por el señor Goyeneche en el último año de servicio fue de trescientos noventa y cinco dólares 74/100 (US$ 395.74); el término del contrato era indefinido. Hace luego el demandante algunas consideraciones en torno a la ilegalidad del despido y sus consecuencias, así como sobre su derecho a la pensión de jubilación a los cincuenta años y a la indemnización por la mora en el pago de la cesantía y demás derechos indiscutibles.

El apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. al contestar la demanda aceptó como ciertos las fechas de ingreso y terminación del contrato, así como la causal invocada para despedir a Rito Antonio Goyeneche; negó los demás hechos y se opuso a las peticiones de la demanda. Propuso las excepciones de pago, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir a cargo de la demandada y carencia de acción y título para pedir.

En la primera audiencia de trámite el apoderado del demandante manifestó que suprimía la limitación contenida en la petición tercera de la demanda, en que solicitaba sanción moratoria únicamente hasta el seis de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, para que la condena por dicho concepto se extendiera hasta la fecha en que se paguen al trabajador demandante los derechos invocados en la demanda original.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis mediante sentencia dictada el dos de julio de mil novecientos sesenta y nueve, en la cual profirió condena contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A. por los conceptos de indemnización por despido injusto, indemnización moratoria y pensión vitalicia de jubilación. Por apelación de ambas partes el negocio subió a la Sala Laboral del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, la que en providencia de trece de marzo de mil novecientos setenta resolvió lo siguiente: "1º REVOCASE la sentencia apelada. 2º DEVUELVANSE los autos al Juzgado de origen para que allí se proceda en todo de acuerdo con los ordenamientos legales respectivos, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia. 3º SIN COSTAS". En la parte motiva se hizo la observación de que el a-quo no había estudiado las excepciones propuestas, por lo cual era procedente devolver el negocio para que se pronunciara sobre ese aspecto del proceso.

Por impedimento del Juez Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el negocio fue decidido por el Séptimo Laboral en fallo dictado el diez y siete de julio de mil novecientos setenta (1970), en cuya parte resolutiva condenó a la Flota Mercante Grancolombiana S. A. a pagar a Rito Antonio Goyeneche ocho mil trescientos sesenta y dos dólares 19/100 (US$ 8.362.19) o su equivalente en moneda nacional al tipo oficial de cambio vigente el día en que se efectúe el pago, por concepto de indemnización por despido injustificado; un mil ciento ochenta y siete dólares con 25/100 (US$ 1.187.25) o su equivalente en moneda nacional al tipo oficial de cambio vigente el día en que se efectúe el pago, por concepto de indemnización moratoria, y cinco mil doscientos treinta y ocho pesos con 61/100 ($ 5.238.61) m/cte., mensuales, a partir del día quince de julio de mil novecientos setenta, por concepto de pensión vitalicia de jubilación. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, a quien condenó en costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de diez y ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno confirmó las condenas por indemnización por despido injusto y mora en el pago de las prestaciones; revocó la condena por pensión vitalicia de jubilación y en su lugar declaró oficiosamente probada la excepción de petición antes de tiempo; confirmó lo referente a las excepciones propuestas, y en cuanto a las costas, fijó las de primera instancia en un ochenta por ciento (80%) y no hizo condena por las de segunda instancia.

El recurso de casación fue interpuesto por los apoderados de ambas partes. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Corporación, se decidirá el doble recurso previo el estudio de las demandas extraor-

dinarias y de los respectivos escritos de oposición. Por razones de método se examinará en primer lugar el de la parte demandada por perseguir la absolución total.

Recurso del patrono demandado

Alcance de la impugnación

Aspira a que se case parcialmente la sentencia recurrida respecto a sus ordinales 1º y 3º, a fin de revocar en función de instancia, los ordinales 1º, 3º y 4º del fallo del a-quo y absolver a la demandada de toda condena.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Infracción directa, por falta de aplicación de los Arts. 120, ordinal 3º y 215 de la Constitución; 5º de la Ley 57 de 1887 y 12 de la 153 del mismo año, en relación con los Arts. 7º, aparte A), ordinal 15, 8º ordinales 2º y 4º literal D), y 16, del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la L. 48 de 1968, y 4º del Decreto reglamentario 1373 de 1965, normas laborales estas últimas (las de los Decretos 2351 y 1373) que resultaron así indebidamente aplicadas".

Se refiere el recurrente a su alegato de segunda instancia, en el cual planteó la inaplicabilidad del artículo 4º del Decreto reglamentario 1373 de 1966, por ser contrario al ordinal 15 del literal A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Transcribe esta norma y luego argumenta así:

"El Art. 4º del Decreto reglamentario 1373 de 1966 modifica el precepto anterior, o más propiamente lo anula, cuando establece: '"El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso (hasta aquí igual, comento), sin perjuicio de la obligación prevista en el Art. 16 del mismo decreto, cuando a ello haya lugar"'. Porque ese Art. 16 obliga precisamente a no despedir al trabajador enfermo mientras conserve algún resto de su capacidad laboral, aunque para reinstalar al enfermo haya que despedir a los sanos. Y no cabe contradicción mayor entre la facultad de despedir, conforme al Decreto-ley, cuando la incapacidad se prolonga más de ciento ochenta días sin curación de la enfermedad que la produjo, y la prohibición de despedir a ese mismo enfermo, conforme al Decerto reglamentario. Cómo se entiende entonces la coexistencia, dentro del mismo Decreto 2351, de dicho ordinal 15 del Art. 7º, y del Art. 16? Pues porque se refieren a dos situaciones distintas: El 16, a la incapacidad que no se prolongue más de ciento ochenta días, y el 7º, ordinal 15, a la que se prolongue más de ciento ochenta días. Toda otra interpretación conduciría al absurdo de que el Legislador autoriza y prohibe a un mismo tiempo, en un mismo acto (el Decreto-ley), un mismo hecho (el despido), en las mismas circunstancias (la incapacidad prolongada por más de 180 días, sin curación de la enfermedad que la causó). Hubo, pues, claro exceso de la potestad reglamentaria, con violación del ordinal 3º, del Art. 120 de la Carta, que limita la potestad reglamentaria del Ejecutivo a los decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Y el sentenciador debe tomar en cuenta lo ordenado para esos casos por el Art. 215 de la misma Constitución: '"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales"'. El ciudadano, a su turno, puede ampararse, como lo hizo mi mandante, en el Art. 12 de la L. 153 de 1887: '"Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes"'. La infracción de esas disposiciones constitucionales y legales condujo al sentenciador a dar indebida aplicación a las normas propiamente laborales que el cargo invoca: Al Art. 7º del Decreto-ley 2351; que facultaba a la Flota para despedir a Goyeneche después de más de ciento ochenta días de incapacidad que el sentenciador admite como probada, y al Art. 8º del mismo Decreto-ley, que prevé la indemnización por despido sin justa causa. Indemnización a que fue condenada la Flota, no siendo el caso de aplicar dicha norma punitiva".

Para el opositor no existe contradicción entre los artículos 7º, numeral 15, y 16 del

Decreto 2351 de 1965, y al artículo 4º del Decreto 1373 de 1966. Considera que esta última norma armoniza las dos primeras y que de existir contradicción entre el artículo 7º y el 16, tendría que resolverse dándole prelación a este último.

Se considera

De acuerdo con el ordinal 15 del literal A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa si el trabajador ha estado incapacitado temporalmente por enfermedad no profesional o lesión cuya curación no haya sido posible en ciento ochenta días, siempre que el despido se haga al vencimiento de dicho lapso y previo aviso no menor de quince días. Reunidos los anteriores requisitos no es aplicable el artículo 16 del mismo Decreto, y en consecuencia tampoco lo sería el artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, porque aquella norma se refiere a otros casos en los cuales no se ha producido la terminación del contrato de trabajo con justa causa. En este aspecto tiene razón el recurrente.

Sin embargo el cargo no prospera, porque al decidir en instancia la Corte encontraría lo siguiente:

1º La incapacidad temporal para trabajar durante ciento ochenta días no está debidamente acreditada. El doctor Jorge Piñeros Bernal, certificados que obran a folios 94, 96, 97 y 99, sobre cuya veracidad rindió declaración jurada (folio 108), conceptuó el 16 de junio de 1967 que "El señor Goyeneche debe ser relevado del trabajo de navegar con objeto de que se le pueda controlar periódicamente... El paciente es apto para desempeñar labores sedentarias" (folio 94). El 23 de junio de 1967, folio 95, manifestó que la enfermedad que aquejaba a Goyeneche "Le impide trabajos de tipo que requieran esfuerzos físicos y que no debe por lo tanto navegar". En concepto de julio de 1967, folio 97, dijo refiriéndose al mal que sufría el demandante: "Esta lesión es de carácter permanente y disminuye la capacidad laboral para la cual el paciente está entrenado en un 50%". Por último el 5 de enero de 1968, (folio 99) después de haberse terminado el contrato de trabajo, que: "La capacidad laboral del paciente por estas lesiones está disminuída en un 50%". En ninguno de estos documentos se habla de incapacidad temporal para el trabajo, y por el contrario, se alude a una incapacidad permanente parcial, con disminución de un 50% de la capacidad laboral.

El doctor Carlos Téllez F., Médico de la Empresa, dejó constancia el 16 de junio de 1967, que "El señor Rito A. Goyeneche fue tratado por el cardiólogo y dado de alta a partir del 17 del presente". (Folios 95 y 104).

Nada se dice aquí sobre la duración de la incapacidad.

De lo anterior se infiere que la incapacilaboral temporal del demandante y su duración no está acreditada con dictámenes médicos, que es la prueba idónea de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

2º Al absolver la posición decimacuarta, folios 46 y 50 el demandante aceptó que recibió el pago de 180 días de incapacidad, de acuerdo con la que le fue diagnosticada por el doctor Jorge Piñeros Bernal, a partir del 1º de julio de 1967. Esta confesión prueba el hecho del pago del auxilio correspondiente a la incapacidad que le fue diagnosticada, pero no es demostrativa de la incapacidad laboral. Mas en el supuesto de que se presumiera del hecho del pago que el trabajador estuvo incapacitado laboralmente, los ciento ochenta días no se cumplían, contados a partir del 1º de julio, el 7 de diciembre de 1967, fecha en que terminó el contrato de trabajo, ni menos el 22 de noviembre del mismo año, cuando se le dio el previo aviso de quince días.

3º No estando acreditado que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente por el patrono una vez cumplidos los ciento ochenta días de enfermedad no profesional o lesión que lo incapacitó para trabajar no se ha demostrado la justa causa prevista en el ordinal 15 del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y en consecuencia debe concluirse que el patrono debe la indemnización a que se refiere el artículo 8º del mismo Decreto. Y como a esta conclusión llegó el ad-quem, aun cuando por

caminos diferentes, no sería posible casar la sentencia acusada en este punto.

"Segundo cargo. (Subsidiario del anterior). Violación, por interpretación errónea, del Art. 16 del Decreto 2351 de 1965, en relación con el 7º, letra A) ordinal 15 del mismo, y consecuencial aplicación indebida del Art. 8º de ese Decreto. Las razones expresadas en la sustentación del cargo anterior, en cuanto se refieren a la única interpretación que hace conciliable el Art. 16 del Decreto 2351 con el ordinal 15 del Art. 7º del mismo Decreto, las doy por reproducidas para este segundo cargo. Pues el sentenciador, al incurrir en equivocada interpretación de esas normas, tomó como despido sin justa causa el que está autorizado por el ordinal 15 del Art. 7º, en el caso de Goyeneche, y condenó a una indemnización prevista en el Art. 8º del mismo Decreto-ley para los despidos no justificados, que no era aplicable".

Se considera

Reiteradamente ha dicho esta Corporación que los cargos en el recurso extraordinario son independientes unos de otros, por lo cual no es procedente hacer referencia en uno de ellos a los argumentos expuestos en otros. Y como en el que se estudia el recurrente se limita a dar por reproducidas las razones expuestas en el anterior, sin que indique en qué consistió la equivocada apreciación de las normas ni cuál es su correcto entendimiento, el cargo es inadmisible, por no ser posible su estudio.

Recurso del trabajador demandante

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, "Case parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la Flota Mercante Grancolombiana a pagar al señor Rito Antonio Goyeneche la suma de US$ 13.19 diarios, desde el 7 de diciembre de 1967 hasta el día en que efectúe el pago de lo que resulte por tal concepto, quedando así modificada la condena por precepto del artículo 65 del CST, que el Juzgado fijó en US$ 1.187.22, suma que resulta de limitar la condena entre la fecha del despido y la fecha de la consignación; suprimiendo la limitación temporaria de la condena".

Se observa en relación con el alcance de la impugnación así formulada, que la Corte casa la sentencia no en sede de instancia, sino como Tribunal de Casación, y que una vez casada ésta, entonces sí como Tribunal de Instancia, revisa la providencia de primer grado, para confirmarla, revocarla o modificarla.

Con base en la causal primera de casación formula el siguiente cargo único:

"Acuso la sentencia por violación indirecta del precepto sustancial contenido en los numerales 1º y 3º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el subconcepto de su aplicación indebida consistente en no haberle impreso el Tribunal la totalidad de sus efectos a dicha norma, siendo el caso de hacerlo. A tal violación fue conducido el sentenciador por haber aplicado la Regla 7ª del artículo 57 del mismo Código en forma reñida con su cabal entendimiento, y como consecuencia del error de hecho a que fue llevado por la falta de apreciación del documento auténtico que aparece al folio 14 del instructorio por su equivocado concepto sobre el alcance vinculante de las diversas partes de que se compone la demanda —infracción de medio del Art. 737 del Código de Procedimiento Civil— y error aquel proveniente también de la errónea apreciación de otras pruebas que singularizaré luego".

Al sustentar el cargo, el recurrente se refiere a los argumentos del Tribunal Superior para no extender la condena por concepto de indemnización moratoria hasta después de la consignación y refiriéndose al consistente en que en la demanda no pidió dicha indemnización como consecuencia de no habérsele practicado el examen médico de retiro, dice:

"No desconozco que al formular la demanda inicial limité el petitum referente a la sanción 'moratoria' hasta la fecha en que la Flota hizo una consignación de cesantía. Pero en el hecho 8º de la misma demanda y bajo la denominación genérica de 'ilegalidad del despido', aduje tres submotivos fácticos cuya importancia no es posible tergiversar y que tampoco pueden ser ignorados, porque quedaron desde un principio gravi-

tando para todo el proceso: a) Cuando la causa de terminación del contrato de trabajo es la salud del trabajador, no es legal, ni menos ético, mantenerlo ignorante del grado real de su incapacidad, y la Flota se negó a comunicarle a Goyeneche la verdad sobre su estado; b) La Flota se negó ante la Inspectoría a que Goyeneche fuese examinado por los Médicos del Trabajo; y c) La Flota no le hizo practicar a Goyeneche el examen de retiro ordenado por el artículo 57, 7º, del Código. Estos hechos aparecen claramente aducidos al folio 6º del expediente. Ahora bien: La eficacia de los hechos enunciados radica en su prueba, porque si una vez demostrados acontece que ellos implicaron la contravención de una norma amparada por una sanción para el contraventor, debe imponerse el correspondiente o correlativo derecho dispuesto por la norma en favor de la parte ofendida; desde luego, siempre que el reconocimiento de este derecho haya sido pedido. Los tres hechos transcritos tienen, como causa petendi, una relación directa con la obligación patronal impuesta por los numerales 1º y 3º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Prueba de ello está en que tales disposiciones legales —tanto el Art. 57 como el 65— quedaron citados como fundamentos de los derechos invocados (folio 9º). Aunque la demanda comprenda varias partes, todas ellas forman un todo único e indivisible que, una vez contestada, vincula a las partes. Entonces, cuando en la primera audiencia de trámite adicioné la demanda para que la sanción "se extienda hasta la fecha en que se paguen a mi mandante los derechos invocados en la demanda original' y también cuando a folio 35 digo que la adición supresoria del límite obedece a la 'temeridad' de la empresa, es decir, a su 'conducta', y que la condena debe extenderse hasta cuando se pague la indemnización por despido injusto, de allí no se deduce, como lo cree el Tribunal, que esa enmienda o adición de la demanda carezca en absoluto de relación con la indemnización del numeral 3º del artículo 65, ni tampoco se deduce a que yo identifique la petición —la supresión del límite— con la indemnización por el despido injustificado, por las siguientes razones: a) Porque la supresión del límite temporario tiene pleno respaldo en la 'causa petendi' que se deriva de los hechos denunciados como violatorios de la obligación patronal de hacer practicar al ex-trabajador el examen médico de retiro; b) Porque si bien es cierto que en el lenguaje ordinario de los laboralistas se llama sanción 'moratoria' a la indemnización establecida por el artículo 65 del Código —y así la llamé yo para no entrar en complicaciones—, la verdad es que el citado artículo 65 establece una sanción 'moratoria', en cuanto se refiere a la forma y a la fecha en que el patrono cancela los salarios y prestaciones indiscutibles del extrabajador; pero también establece otra indemnización, la de los numerales 1º y 3º, que ya no podría llamarse moratoria, sino que constituye una sanción a la inejecución de una obligación legal, a la violación de una obligación de hacer, es la sanción a una culpa 'in ommitendo': entendiendo por culpa, como la definen los Mazeaud, como el 'error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño'; c) Porque, entendido lo dicho en la letra anterior, al hablar de sanción 'moratoria', en lenguaje genérico, no estaba yo excluyendo, al adicionar la demanda, la sanción a que se refieren los numerales 1º y 3º del artículo 65 del Código; y d) Porque cuando signifiqué que se extendiera la indemnización por falta del examen médico hasta el pago de la sanción a que se refiere el artículo 8º del Decreto 2351, no estaba condicionada aquélla a ésta, con una relación de causa a efecto, sino como una referencia a la terminación definitiva del litigio. Por eso discrepo fundamentalmente de la tesis del Tribunal según la cual la demanda no se relaciona con el artículo 65 del Código sobre salarios caídos, sino con la obligación patronal contenida en el ordinal 7º del artículo 57, 'cuya violación grave da ocasión al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa'. Cómo puede afirmarse ésto, si cuando el patrono se niega a permitir el examen médico de retiro ya el trabajador ha sido despedido? Queda pues demostrado que la adición de la demanda sí tuvo, al concatenarla con los hechos, una

relación directa con la aplicación de los numerales 1º y 3º del artículo 65 y que, en consecuencia, el Tribunal estaba obligado a considerar el alcance con que dicha adición fue formulada".

Transcribe el recurrente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil sobre el artículo 737 del antiguo Código Judicial y termina así su argumentación en relación con la apreciación de la demanda: "Como síntesis de esta primera parte, con base en la jurisprudencia transcrita y en muchísimas más que podría aducir, concluyo que la adición de la demanda para pedir la indemnización por culpa "in omitendo" de la Flota, al no proporcionar el examen de retiro al señor Goyeneche, sí tuvo claro fundamento en los hechos de la demanda que, junto con los fundamentos de derecho, constituyeron la causa petendi al respecto, quedando ambas partes vinculadas al petitum adicionado, y respecto del cual, en consecuencia, estaba obligado a pronunciarse el Tribunal, para conceder o para negar, pero no por razones como las que adujo, puesto que la demanda estuvo convenientemente integrada, sino por cualesquiera otras, como, por ejemplo, por existir la prueba de que la Flota sí le proporcionó al señor Goyeneche examen médico de retiro".

Se refiere el casacionista al hecho de que la empresa no practicó el examen médico de retiro al trabajador demandante, como lo reconoció el ad-quem y argumenta de este modo en torno a la falta de apreciación del acta de conciliación celebrada en la Inspección de Trabajo:

"Sin embargo, el Tribunal considera que de la falta de examen médico de retiro no es dable sacar ninguna conclusión, porque ' "el actor no comprobó haber solicitado que se efectuara dicho examen" '. Aquí es de donde aparece el manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal, al no haber tenido en cuenta el documento auténtico, pasado ante autoridad pública, consistente en la diligencia cumplida ante la Inspección del Trabajo (fl. 14). En efecto, en dicha audiencia del 13 de marzo de 1968, dijo el señor Goyeneche: ' "Fuí despedido de la Flota a partir del 7 de diciembre de 1967, ilegalmente, y solicito ser enviado al reconocimiento de los médicos de la División de Medicina del Trabajo para que se establezca el grado de incapacidad que padezco en el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo" '. "La Flota contestó: ' "La terminación del contrato de trabajo del señor Goyeneche la hizo la empresa de conformidad con las disposiciones vigentes. Así mismo de acuerdo con tales disposiciones se le hizo practicar el examen médico de retiro, de acuerdo con los certificados médicos que obran en poder de la empresa de fecha 5 de enero de 1968, razón por la cual la empresa no acepta el envío del reclamante a la División de Medicina e Higiene Industrial del Trabajo" '. Aquí aparece una primera afirmación falsa —desvirtuada durante el litigio— la de que le hizo practicar examen médico de retiro el 5 de enero de 1968. Ya vimos que ese no fue examen médico de retiro sino axamen parcial de un especialista. Y otro asunto importante: Que ante la falta del examen médico de retiro y ante la petición de Goyeneche de que, en tales circunstancias, se le enviara al examen de los médicos oficiales, la Flota negó que tal examen se cumpliera. Pero es más . El señor Goyeneche continuó: ' "Que a él no se le practicó ningún examen médico de retiro con fecha 5 de enero del presente año ni en ninguna otra fecha, pues en la carta de despido no se le hizo mención sobre su derecho a dicho examen. Y pide, si para ello no tiene inconveniente la Empresa, que se transcriba el certificado que dice tener la empresa en cuanto a sus condiciones de salud para la fecha del despido" '. La discusión quedó así planteada en que Goyeneche no solamente afirmó que no se le había practicado el examen médico de retiro, sino que para demostrarlo, no solamente reclamó por la falta de dicho examen, sino que conminó a la empresa a mostrarlo delante del funcionario. Esto ocurría el 13 de marzo de 1968. La Flota, que había dicho tener dicho examen, no lo mostró sino que su apoderado dijo: ' "Agrego y aclaro que la terminación del contrato del reclamante se hizo de acuerdo con los conceptos médicos por haber transcurrido más de 180 días de incapacidad y respecto de la petición que hace de la transcripción de estos certificados con las formalidades legales serán aportados al juicio respectivo" '. Pero ahora sa-

bemos que la Flota no tenía, porque no existían, tales certificados médicos sobre examen de retiro al señor Goyeneche, quien reclamó porque no se le había practicado dicho examen, y ante la afirmación del apoderado de la Flota de que sí los tenía, Goyeneche insistió en que se los mostraran por ante el funcionario, porque no existiendo, mal podía conocerlos. Con el resultado de que no fueron mostrados de que su reclamo por falta del examen médico de retiro fue contestado con la promesa de que tales exámenes serían presentados al juicio; lo que no ocurrió ni pudo ocurrir, porque el propio doctor Téllez confesó no haber practicado dicho examen y porque, en consecuencia, el certificado de folio 100 carece de todo mérito como examen médico de retiro, el cual, repito, es muy diferente del examen para el tratamiento de la enfermedad diagnosticada por el doctor Piñeros Bernal, quien se limitaba a lo suyo, pero sin que ésto eximiera a la Flota de su obligación de hacerle practicar el examen de retiro, ya que Goyeneche, además de su cardiopatía, bien podía estar afectado por otras muchas enfermedades cuyo descubrimiento le competía al doctor Téllez, Médico de la Empresa, y único encargado de la práctica de tal clase de exámenes. Entonces, el Tribunal incurrió en palmario error de hecho al no tener en cuenta el documento auténtico, en que Goyeneche, por estar ignorante del grado de su incapacidad, solicita que se le envíe ante los médicos oficiales en vista de que no se le ha practicado examen de retiro; se le arguye que éste le fue practicado el 5 de enero; Goyeneche lo niega y pide que se le muestre delante del funcionario; pero la Flota rechaza su petición y le dice que conocerá los certificados sobre su propio estado de salud cuando demanda a la Flota y ésta los aporte al juicio. Este documento desvirtúa, pues, la aseveración del Tribunal en el sentido de que Goyeneche no solicitó que se le practicara el examen médico de retiro. No solamente lo pidió, sino que ante la negativa de la Flota se planteó entre las partes un debate previo en que aquélla afirmaba, erróneamente, que sí le había hecho practicar dicho examen, y Goyeneche sostenía que no, y asunto respecto del cual, a la postre, los autos han venido a confirmar totalmente la versión del extrabajador".

Por último el impugnador hace una exégesis de la regla 7ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo y dice que la solicitud que debe hacer el trabajador para el examen médico de retiro no es tan perentoria, pues de lo que se trata es de que el trabajador admita o no que se le practique dicho examen, y que el patrono tiene la obligación de dar al trabajador la orden correspondiente para que se presente al médico, dentro de los cinco días siguientes, sin la cual no puede contarse dicho término; de allí que lo correcto, lo honesto y lo que acostumbran las empresas serias, es que en la propia carta de despido se le prevenga al trabajador que puede solicitar la correspondiente boleta, lo que no hizo la demandada, como se puede apreciar en la carta de despido que obra a folio 13, que no fue analizada por el fallador de segunda instancia.

Para el opositor, es el trabajador quien debe hacer gestiones para que se le practique el examen médico de retiro, a la expiración del contrato, y no tres meses después, como en el caso de autos.

Se considera

El Tribunal Superior, refiriéndose al alcance de la petición sobre indemnización moratoria contenida en el libelo inicial y su corrección, dijo lo siguiente:

"Por lo demás, ninguna petición demandatoria se formuló con respecto a la aplicación del artículo 65 del CST, por el lado del numeral 3 del mencionado artículo, en consecuencia con el ordinal 7º del artículo 57 de la obra aludida. Lo último que se acaba de expresar admite el siguiente desarrollo: El señor apoderado de la parte actora ha manifestado en diferentes alegaciones que los salarios caídos proceden en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 65 del CST. A folios 164 expone ' "La sanción moratoria es pertinente en el presente caso por los siguientes motivos: ...2º La Empresa no le hizo practicar al señor Goyeneche el examen médico de retiro" '. Véase, sin embargo, qué expresa la demanda con respecto a este tema, pues es ella la que constituye al fin de cuentas, —conforme se ha dicho gráficamente— el ' "proyecto de sentencia" '. La petición tercera es del siguien-

te tenor: '"Tercera. Que la misma Empresa está obligada a pagar a mi mandante la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, entre el 7 de diciembre de 1967 y el seis de marzo de 1968..."'. Como se ve, el texto referente a lo pedido vincula el artículo 65 citado al tiempo transcurrido sin el pago de las deudas laborales, entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo y la de pago por consignación. Al corregir la parte actora la demanda (folio 35 y 36) dice: '"Atentamente manifiesto al Juzgado que suprimo la limitación contenida en la petición tercera de la demanda, en que solicito sanción moratoria únicamente hasta el seis de marzo de mil novecientos sesenta y ocho para que en lugar de tal limitación la condena por sanción moratoria se extienda hasta la fecha en que se paguen a mi mandante los derechos invocados en la demanda originaria del presente litigio"'. '"De allí que me haya visto obligado a pedir que la sanción moratoria o condena por salarios caídos se extienda hasta la fecha en que la Empresa pague a mi mandante el derecho que le confiere el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, cuya aplicación en el presente caso es de una claridad irrefutable"'. Ni en estas peticiones ni en ninguna otra se suplica la indemnización moratoria con fundamento en no haberse practicado el examen médico de retiro". Por el lado de los hechos de la demanda, se tiene: El hecho 2º expresa: '"2. Sanidad física. Cuando el señor Goyeneche ingresó a la Empresa se hallaba en perfecto estado de sanidad física, como se comprueba con el Examen Médico de Admisión practicado por el Médico de la Flota"'. Este hecho, como puede apreciarse, no se relacionó con la indemnización moratoria. Lo mismo puede decirse con respecto al hecho 10 cuya redacción es como sigue: '"10. Indemnización moratoria. La Empresa incurrió en mora del pago de la cesantía y demás derechos indiscutibles del trabajador, desde la fecha del despido hasta el 6 de marzo de 1958, (sic) fecha en que hizo la consignación de lo adeudado, por lo cual está obligada a la indemnización moratoria entre dicha fecha y la del despido, conforme al artículo 65 del CST"'. Por último, en el hecho 8º, destinado a la Ilegalidad del despido, se consignan las razones de la ilegalidad de dicho despido. Tales razones son (folios 5 y 6): 1º) No existe la causal de despido aducida por la Empresa; 2º) La Empresa se abstuvo de comunicarle al señor Goyeneche el diagnóstico de los médicos especialistas y se negaron a mostrarle tales dictámenes; 3º) La Empresa se negó a que el señor Goyeneche fuese enviado al examen de los facultativos de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del Ramo, para que dictaminase sobre el grado de su incapacidad; y 4º) Porque la Empresa no le hizo practicar al trabajador el reglamentario examen médico de retiro, por parte del doctor Carlos Téllez, Médico de la Empresa, de conformidad con el artículo 57 —ordinal 7º— del Código Sustantivo del Trabajo"'. Como se puede observar, pues, la única parte de la demanda en que se hace referencia —no como petición, sino como justificación de un hecho— a que "La Empresa no le hizo practicar al trabajador el reglamentario examen médico de retiro"', no se relaciona con lo preceptuado por el artículo 65 del CST sobre salarios caídos, sino con la obligación patronal contenida en el artículo 57 —ordinal 7º— de la obra aludida, cuya violación grave da ocasión al trabajador para dar por terminado al contrato de trabajo con justa causa (numeral 8º del literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965). Esta Sala carece de la facultad —que sí tiene el juzgador de primera instancia— para fallar extra-petita".

A juicio de esta Corporación el ad-quem interpretó correctamente la demanda al concluir que en ella se solicitó inicialmente la condena por indemnización moratoria limitándola hasta el seis de marzo de 1968, y que luego en virtud de la corrección hecha en la primera audiencia de trámite se pidió que se extendiera dicha condena hasta cuando se le pagara al trabajador el derecho o indemnización consagrado en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. No otra cosa dicen los pasajes reproducidos por el Tribunal en las consideraciones arriba transcritas.

Cierto es que en los hechos de la demanda original el apoderado del trabajador insiste en que la empresa no le hizo practi-

car a Goyeneche el examen médico de retiro, lo que fue demostrado en el juicio. Pero en el supuesto de que tal circunstancia originara el derecho a una indemnización moratoria hasta cuando se practicara dicho examen, no podía el fallador de segunda instancia, so pena de fallar más allá de lo pedido, lo que le está vedado, proferir dicha condena, que le está reservada al Juez de Primer grado, quien no ejercitó la facultad de decidir ultra o extra petita.

La censura que el recurrente hace a la afirmación del ad-quem de que la violación de la obligación 7ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo da ocasión al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa es acertada, porque cuando se presenta ese evento el contrato de trabajo ha terminado. Pero ella no tiene incidencia alguna en el resultado de la acusación, pues no se discute la justa causa de terminación de la relación laboral, sino el derecho a la indemnización por mora.

Cuanto al otro argumento relacionado con el hecho de que el trabajador no solicitó el examen de retiro, observa la Sala que de las manifestaciones hechas por éste en la audiencia de conciliación ante el Inspector del Trabajo, y transcritas por el impugnador, no se deduce con evidencia que el demandante hubiese pedido que se le practicara dicho examen, pues él claramente solicita se le envíe al reconocimiento de la División de Medicina del Trabajo, examen que no puede asimilarse al que debe ser practicado por orden de la empresa. En el supuesto de que tales manifestaciones pudieran interpretarse como lo pretende el recurrente, continuaría con validez la conclusión del Tribunal Superior, porque la petición no se hizo a la expiración del contrato ni en un término prudencial, pues como tal no puede considerarse el transcurrido entre el 7 de diciembre de 1967 y el 13 de marzo de 1968.

Por último, en relación con la exégesis de la obligación 7ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, observa la Sala que en la acusación por violación indirecta de la ley a través de error de hecho no es procedente la censura por interpretación errónea de la misma. Sin embargo, como el recurrente relaciona dicha exégesis con la apreciación de una prueba, la Sala se referirá a este aspecto de la sustentación del cargo.

La interpretación que el recurrente da a la norma referenciada es contraria a la que le ha dado esta Corporación, como puede verse en el fallo, entre otros, de febrero veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve, **Gaceta Judicial** Nos. 2207, 2208, 2209, Tomo XC, página 268, en donde dijo: "No debe perderse de vista que al demandante correspondía acreditar plenamente el hecho alegado de haber solicitado el examen médico de retiro, pues la obligación patronal de hacer practicar al trabajador el examen sanitario y de expedirle el correspondiente certificado a la expiración del contrato, está condicionada al hecho de que éste lo solicite". Jurisprudencia que se mantiene, porque no otra cosa se desprende de la obligación 7ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo cuando expresa: "E igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular...".

No estando demostrados los errores de hecho que el recurrente le atribuye al fallador de segundo grado, 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 y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el diez y ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

La regla general es la de que son empleados públicos todos los que trabajan en Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos y quien pretenda salirse de ella debe probar la excepción, de acuerdo con el principio de derecho probatorio en cuya virtud pesa sobre el excepcionante la carga de la prueba.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veinticinco de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Francisco Estepa Peña, mediante apoderado, instauró demanda contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) con el fin de obtener que, previa declaración de que existió contrato de trabajo entre las partes, fuese condenado a pagarle salarios insolutos por 10 días del mes de julio de 1970 y por los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre del mismo año; el 35% de recargo por "trabajo nocturno que realizó durante trescientas sesenta y ocho (368) horas trabajadas de 6 a 10 p.m., en noventa y dos (92) días del año de 1970"; primas de servicio legal y extralegal; indemnización por "haber sido despedido sin justa causa"; auxilio de cesantía e indemnización moratoria.

Como hechos fundamentales asentó que el actor fue contratado verbalmente por el Director Seccional del SENA en Villavicencio para que prestara sus servicios como Instructor de Contabilidad, labor que inició el 21 de julio de 1970 y se prolongó hasta el 30 de noviembre de dicho año, en que "el doctor Eduardo Espinel, sin que mediara justa causa para ello, canceló unilateralmente los servicios de Francisco Estepa"; que la remuneración pactada fue de $ 3.700.oo mensuales, los que no le fueron pagados durante el período laborado, ni posteriormente al ser retirado del SENA, ni se le cubrieron tampoco las prestaciones sociales correspondientes.

El demandado no descorrió el traslado que se le hizo de la demanda, ni se apersonó en el proceso dentro de las audiencias de trámite respectivas. Pero al celebrarse la audiencia de juzgamiento constituyó apoderado judicial, el que fue reconocido en la misma.

La sentencia del Juzgado Unico Laboral del Circuito de Villavicencio fue pronunciada el 6 de diciembre de 1971 y su parte resolutiva es como sigue:

"Primero. Declárase que entre Francisco Estepa Peña y la entidad denominada "Servicio Nacional de Aprendizaje SENA". Seccional de Villavicencio, representada por su Director Eduardo Espinel R., existió un contrato de trabajo de duración indefinida, que se desarrolló desde el 21 de julio hasta el 30 de noviembre de 1970, con una remuneración de tres mil setecientos pesos ($ 3.700) para sus servicios como Instructor de Contabilidad.

"Segundo. Condénase en base a la anterior declaración, a pagar a la entidad denominada "Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA" representada en la Seccional de Villavicencio por su Director Eduardo Espinel R., y en favor de Francisco Estepa Peña los siguientes valores:

"a) Quince mil novecientos nueve pesos con noventa y siete centavos ($ 15.909.97) por concepto de salarios insolutos.

"b) **Tres mil ciento ochenta y dos pesos** ($ 3.182.oo) por concepto de recargo de trabajo ordinario nocturno.

"c) **Un mil trescientos veinticinco pesos** con ocho centavos ($ 1.325.08) por concepto de Auxilio de Cesantía.

"d) **Un mil trescientos veinticinco pesos con ocho centavos** ($ 1.325.08) por concepto de prima proporcional legal de servicios.

"e) **Siete mil cuatrocientos pesos** ($ 7.400.oo) por concepto de indemnización por despido injusto. Y,

"f) **Ciento veintitrés pesos con treinta y tres centavos** ($ 123.33) diarios a partir del 30 de noviembre de 1970 y hasta la fecha en que se verifiquen los pagos decretados en favor del demandante.

"**Tercero.** Absuélvase a la demandada de la prima extralegal solicitada o pretendida en el libelo de demanda por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.

"Costas a cargo de la parte demandada".

La parte demandada interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al resolverlo, confirmó en todas sus partes la sentencia antedicha.

Contra la decisión del ad-quem recurrió en casación el demandado, que formuló la respectiva demanda, sin réplica del actor, demanda que procede a estudiar la Sala.

Como alcance de la impugnación del primer cargo pide que "la H. Corte case totalmente la sentencia objeto del recurso y como sede de instancia revoque el fallo del Juzgado Laboral del Circuito de Villavicencio para absolver a mi representada, el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda".

Este cargo lo plantea por "violación de la Ley, artículo 5º del Dec. legislativo 3135/68, bajo la modalidad de infracción directa, y como consecuencia de ello, infracción directa también del Art. 1º, Art. 68 del Dec. 1847/69 y aplicación indebida de los Arts. 27 y 127 del C.S.T., lo mismo que de los Arts. 5º y 8º del Dec. extraordinario 2351/65, elevado a la categoría de legislación permanente por la Ley 48/68; y de los Arts. 65, 168, 169 y 306 del C. S. T.".

Para sustentarlo transcribe el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y los pasajes correspondientes de la sentencia acusada y de la del Juzgado prohijada por aquélla, de donde concluye:

"O sea que el Tribunal al adoptar la tesis del Juez invirtió totalmente los términos del precepto legal que acuso como violado, porque estableció que los servidores de los establecimientos públicos, por regla general, son trabajadores oficiales y por excepción pueden ser empleados públicos, lo cual es abiertamente opuesto al tenor literal de la ley".

Transcribe luego el artículo 1º del Decreto 1847 de 1969, aprobatorio del Acuerdo número 41 de 25 de junio de 1969, que adoptó los estatutos del Servicio Nacional de Aprendizaje y cuyo artículo 68 define quiénes son empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales dentro de la Institución", para hacer ver que este precepto no fue tenido en cuenta por el sentenciador y que, según su texto, el demandante no estuvo ligado por contrato de trabajo.

Muestra, por último, cómo los artículos del C. S. del T. y del Decreto 2351 de 1965 que cita en el cargo, no podían ser aplicados al evento en estudio por regular las relaciones laborales del sector privado y en ningún caso las del sector público.

La Sala, para resolver, considera

El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 es del tenor siguiente:

"Empleados públicos y trabajadores oficiales.- Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"....."

La determinación de la primera parte de esta norma es precisa y no da campo a vacilación alguna en cuanto a que los servidores de las entidades o dependencias en

ella mencionadas son empleados públicos; afirmar lo contrario es rebelarse contra el texto evidente de la misma, que sólo admite dos excepciones, a saber: 1ª. "Los trabajadores de la construcción y sostenimientos de obras públicas son trabajadores oficiales". 2ª. "En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

En consecuencia, la regla general es la de que son empleados públicos todos los que trabajan en Ministerios, Departamnetos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos y quien pretenda salirse de ella debe probar la excepción, de acuerdo con el principio de derecho probatorio en cuya virtud pesa sobre el excepcionante la carga de la prueba.

Esta, ha de darse: o con la demostración de que el que invoca en su favor la situación excepcional se encuentra en alguno de los casos que para tener la calidad de trabajador oficial precisan los estatutos del respectivo establecimiento público o con las probanzas de que era trabajador de la construcción o sostenimiento de obras públicas, pues la norma en este punto se refiere a la actividad desempeñada y no a los fines de la entidad o dependencia en que se labora. Si la regla general es la de que quienes sirven en Ministerios, Departamentos Administrativos o Establecimientos Públicos son empleados públicos, su aplicación concreta es la de el que sirve, v. gr., en el Ministerio de Obras Públicas o en un Departamento Administrativo o en un Establecimiento Público destinados a construcción y sostenimiento de ellas, son empleados públicos, a menos ("sin embargo" dice el artículo 5º en comento) que demuestren que son "trabajadores de la construcción o sostenimiento" de las mismas, o sea, que su actividad era la de realizar uno de estos objetivos o ambos.

En este sentido se precisan los términos de la sentencia dictada por esta Sala el 24 de febrero del año que corre en el juicio seguido por Alvaro Pardo Castro contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social del mismo.

Volviendo al caso de autos resulta que el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) fue definido por el Decreto del Gobierno Nacional número 1847 de 1969 (Diario Oficial 32938), aprobatorio de los Estatutos de la entidad, como "establecimiento público, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, encargado de cumplir la política social del Gobierno en el ámbito de la promoción y de la formación profesional de los recursos humanos del país".

Como consecuencia de esta definición, quienes trabajen en el SENA tienen, por regla general, la calidad de empleados públicos y están ligados a él, por excepción, con contrato de trabajo, los que señalan los mismos estatutos, así:

"Artículo 68. Son empleados públicos las personas que en el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— desempeñen actividades directamente relacionadas con las funciones y objetivos propios de la institución, consagrados en el artículo 2º del Decreto 3123 de 1968. Son asimismo empleados públicos quienes desempeñen actividades de dirección, supervisión, confianza y manejo.

"Son trabajadores oficiales, es decir, personas que pueden vincularse mediante contrato de trabajo, quienes desempeñen actividades no relacionadas directamente con las funciones y objetivos propios de la institución, en cualquiera de sus etapas.

"En el estatuto de personal se precisarán los cargos que pueden ser ejercidos por los trabajadores oficiales".

Ahora bien. Es hecho no discutido en el proceso por ninguna de las partes, ni por la sentencia impugnada, que el demandante sirvió el cargo de Instructor de Contabilidad en la Seccional de Villavicencio del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), lo que quiere decir que su vinculación a éste fue la de empleado público en virtud de la regla general varias veces indicada y por razón de los estatutos de la entidad, pues el ser Instructor de alguna materia intelectual o técnica dice relación directa con

sus fines: "la formación profesional de los recursos humanos del país".

Dedúcese de lo expuesto que el Tribunal en la sentencia impugnada se rebeló contra el claro texto de las disposiciones antes citadas, cuando dijo: "...no basta que se labore al servicio de un establecimiento público... para que se tenga el carácter de empleado público...", ya que la regla general es la contraria, y en cuanto sostuvo: "Como en el caso del demandante, la demandada no precisó a lo largo del juicio que sus estatutos contemplaran ese cargo, ni esa modalidad de servicio como una de las excepciones a la norma legal, entonces se debe tener al trabajador no como empleado público, sino como trabajador oficial para efectos de la subordinación al régimen de la contratación laboral", pues no correspondía al demandado (SENA) demostrar la excepción alegada en su favor por el demandante, y los estatutos de la Institución precisan el cargo desempeñado por él como correspondiente a un empleado público.

Lo anterior es suficiente para casar la sentencia recurrida y, en sede de instancia, revocar las condenaciones impuestas, ya que tiene razón el casacionista en este cargo, lo que hace inútil estudiar los restantes. Pero la Sala, reiterando doctrina constante, debe hacer además la aclaración siguiente al mismo fallo:

Su fundamento (equivocado, como se vio) es el de que el actor estuvo ligado al SENA por contrato laboral y por este motivo le aplicó las normas del Código Sustantivo del Trabajo, contrariando su artículo 4º que reza: "Las relaciones de derecho individual del trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten", entre los cuales están hoy el Decreto ley 3135 de 1968 y el 1848 de 1969, que lo reglamenta, y antes de ellos la Ley 6ª de 1945, y su decreto reglamentario, 2127 del mismo año, y demás leyes adicionales y complementarias, de acuerdo con el artículo 492 ibídem. Ni los empleados públicos, ni los trabajadores oficiales regulan su situación individual de trabajo por el Código de la materia o por los decretos o leyes que lo modifican, como el 2351 de 1965, salvo expresas excepciones legales o convencionales.

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, CASA TOTALMENTE la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, y, obrando en sede de instancia, REVOCA la dictada por el Juzgado Laboral del Circuito de la misma ciudad, en cuyo lugar ABSUELVE al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) de las pretensiones formuladas por Francisco Estepa Peña en la demanda inicial del presente proceso.

Costas de primera instancia a cargo del demandante. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso extraordinario.

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.



NORMAS LEGALES Y CONVENCIONALES

La ley es susceptible de aplicarse a casos similares no previstos en ella, a fin de evitar denegación de justicia. — Pero lo pactado en un convenio es de aplicación restringida a los puntos materia del contrato; lo no previsto en éste se rige por las normas legales respectivas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Industria Colombiana de Productos Eléctricos (INCOPE), con sede en Barranquilla fue demandada por Juan Vicente González Crespo para que fuera condenada a pagarle "Pensión restringida vitalicia de jubilación de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y 12 del Decreto 1611 de 1962, en la proporción correspondiente" y "mesadas ocasionadas y no canceladas, desde que el derecho se hizo exigible".

Fundó estas pretensiones en los siguientes hechos:

"1º. Mi poderdante fue contratado por la entidad demandada el día 11 de junio de 1956, para que desempeñara el cargo de carpintero. El último salario fue de $ 74.84 diarios.

"2º. El día 16 de septiembre de 1969, fue, mi poderdante, despedido mediante comunicación de esa fecha. Y la empresa para despedirlo hizo uso de la causal 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. De acuerdo con el examen médico de retiro, mi poderdante tiene una incapacidad permanente parcial de un 70% lo que le impide trabajar en otra ocupación, y ocasionada por enfermedad no profesional.

"3º. Mi poderdante en el momento del despido tenía un tiempo de servicio de 13 años, 5 meses y 5 días de servicio a la entidad demandada, y una edad de 67 años, 8 meses, 27 días, lo que hace que sea merecedor de la pensión restringida de jubilación señalada por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1611 de 1962, Art. 12. Además el artículo 45 de la Convención Colectiva firmada entre la empresa y el sindicato de la misma dispone que: "... 2) habrá lugar a un reconocimiento (del derecho de jubilación) similar proporcional al tiempo de servicio, en el caso de que por renuncia o por mutuo consentimiento de las partes, el trabajador se retire después de diez años de servicio'.

"4º. La empresa al pagar a mi poderdante las prestaciones sociales, le entregó la suma de $ 33.543.00, como indemnización por despido y por disposición del artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la empresa y el sindicato de la misma".

La empresa contestó la demanda oponiéndose a las peticiones formuladas sobre la base de que el trabajador fue despedido con justa causa, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, por padecer de una enfermedad que lo incapacitó para el trabajo y cuya curación no fue posible durante 180 días. El despido se produjo, además, previo el aviso dado con 15 días de anticipación de que habla la última parte de la norma citada.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, dictó sentencia el 2 de septiembre de 1971, mediante la cual absolvió a la demandada de las pretensiones del actor. Pero,

por apelación de éste, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial** del mismo nombre, en la suya de 10 de febrero del año que corre, la revocó y, en su lugar, condenó a la empresa a pagar una pensión especial de jubilación en cuantía de $ 1.116.59, a partir del seis de octubre de 1969, con salvamento de voto del Magistrado Arturo Vargas Ripoll.

La Compañía ocurrió en casación ante esta Sala y sin réplica de la parte actora formuló la respectiva demanda, por la que pretende la invalidación total del fallo recurrido y la confirmación, en sede de instancia, del de primer grado.

A este respecto presentó tres cargos; los dos primeros por la vía directa, el uno originado en interpretación errónea y el otro en aplicación indebida de la ley, y es sabido que por dicha vía el ataque debe implicar acuerdo del casacionista con el sentenciador en los supuestos fácticos del juicio, y lo ocurrido en éste fue que el Tribunal aplicó la Convención Colectiva de Trabajo vigente a la fecha de despido del demandante, situación de hecho que el recurrente no comparte, lo que los hace inadmisibles.

Procede, por lo tanto, a estudiar el tercero, fundado en errores de hecho "por apreciación errónea del documento auténtico que figura a folios 31 a 64 del expediente, especialmente en cuanto dice relación a los artículos 52, literal b) (folio 55) y 55, aparte 2, (folio 56), y por apreciación errónea de la confesión judicial que aparece a fl. 69 del proceso, en la cual el actor confiesa que estuvo incapacitado por más de seis meses, lo que fundamentó el despido por justa causa por tal hecho".

Los errores de hecho imputados al sentenciador son los siguientes:

"En dar por demostrado, contra la evidencia de los autos, los siguientes hechos:

"a) Que la norma consagrada en el artículo 55, aparte 2) de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la Empresa, implicaba o implica el pago a cargo de la demandada y a favor del actor de la jubilación-sanción;

"b) Que el retiro del demandante por justa causa prevista en la ley y comprobado en el expediente, que se produjo de acuerdo con el numeral 15 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 (antes artículos 62 y 63 del C.S. del T.), equivale, para los efectos de la jubilación-sanción, el retiro por renuncia del trabajador o por mutuo consentimiento;

"c) Que por el hecho de la Empresa haber pagado indemnización por despido en virtud de una norma convencional expresa (artículo 52, literal b) que la obligaba al pago de tal indemnización cuando invocara, para la terminación de la relación laboral el numeral 15 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, implicaba que la Sociedad demandada tenía que pagar también pensión-sanción".

De aquí, concluye: "Tales errores de hecho, producidos a través de las pruebas que se dejan puntualizadas, llevaron al ad-quem a la indebida aplicación, por vía indirecta, de los artículos 7º, numeral 15, aparte A) del Decreto 2351 de 1965, y 8º de la Ley 171 de 1961".

Como sustentación del ataque, asevera:

"El artículo 55 de la Convención Colectiva vigente (folio 56) establece con singular claridad y precisión que (numeral 1) en caso de retiro '**para que el trabajador comience a disfrutar de su pensión de jubilación**' (El subrayado es mío), y 'cuando la terminación del contrato se efectúe por voluntad del mismo o por decisión de la Empresa, (salvo si se **trata de una causal justa según los artículos 62 y 63 del Código**) (vuelvo a subrayar) la Empresa le hará un reconocimiento 'equivalente' a la indemnización. Y el numeral 2) del mismo artículo establece que habrá lugar a un reconocimiento similar 'en caso de que por **renuncia** o **por mutuo consentimiento** de las partes, el trabajador **se retire** después de 10 años de servicio'.

"Como puede verse, de lo transcrito y de los subrayados que para mayor objetividad de hecho, la Convención Colectiva vigente en la Empresa no consagra prestación al-

guna ni por concepto de indemnización ni por concepto de jubilación especial, en los casos de terminación del contrato por justa causa.

"Entonces se pregunta: Si el contrato terminó por justa causa prevista en la ley, por qué el ad-quem decretó el pago de jubilación especial? La respuesta es obvia: Porque el Tribunal de Barranquilla incurrió en un error de hecho ostensible, al apreciar mal, indebidamente, y en forma errónea, el documento auténtico que estoy analizando, lo que llevó a dicho Tribunal a una violación de las normas sustanciales tantas veces citadas (artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en armonía con el numeral 15 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965).

"Como muy atinadamente lo sostiene el Magistrado que salvó el voto, si la Empresa pagó la indemnización, 'Lo hizo por disposición convencional expresa' (folio 11 del Cuaderno 2º) pero ésto, al decir del mismo Magistrado, quiere decir que la Empresa, sin renunciar a que los casos del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 sean 'justo motivo de despido', paga sin embargo la indemnización según la antigüedad para favorecer la situación especial del trabajador enfermo'. Y respecto al numeral 2º del artículo 55 de la misma convención, el referido Magistrado anota: 'Tampoco esta norma es aplicable al caso del señor González Crespo, ya que la terminación de su contrato no se originó por renuncia, ni por mutuo consentimiento de las partes, sino por 'justa causa' consagrada en la ley'. Esta sí es, expresada en breves palabras, la correcta interpretación de la prueba que fue mal apreciada, lo que llevó al Tribunal a los errores de hecho ya puntualizados y a la indebida aplicación de las normas sustanciales tantas veces citadas".

La Sala considera

El Tribunal fundó su decisión, así:

"Alega el trabajador tener derecho a la proporcionalidad de la jubilación, basado en que su despido se hizo en contra a lo estatuído en los artículos 52 y 56 de la Convención Colectiva que corre debidamente autenticada en los autos.

"Por su parte, la Empresa alega que al despedir a González Crespo lo hizo con base en el numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. En la diligencia de absolución de posiciones el demandante admitió haber estado incapacitado por enfermedad y estuvo en tratamiento médico desde el 26 de febrero hasta el 19 de octubre de 1969 en forma continua, o sea que el tratamiento en la fecha de despido llevaba un poco más de siete (7) meses. Además en los exámenes médicos de retiro se anota el mismo período de incapacidad por arterioesclerosis difusa, fragilidad vascular y desmejoramiento general, estados que le daban al paciente una incapacidad permanente parcial del setenta por ciento (70%) la cual fue indemnizada por la Empresa conforme lo ordena el artículo 278, ordinal a) del Código Sustantivo del Trabajo.

"Esto quiere decir que el patrono demostró en forma plena que el señor González padecía de una enfermedad no profesional por más de ciento ochenta (180) días cuya curación no fue posible. Que lo despidió al vencimiento de dicho lapso pagando las indemnizaciones derivadas de la enfermedad.

"Si se estudia detenidamente lo estatuído en la Convención especialmente los artículos ya mencionados, se tiene que ella fue redactada ya en vigencia del Decreto 2351 de 1965, y si se trae a colación lo anterior es para significar que al redactarse el aparte 1) del artículo 55 se dijo claramente que en 'caso de retiro para que el trabajador comience a disfrutar de su pensión de jubilación, en los términos y condiciones legales, y sea que la terminación del contrato se efectúe por voluntad del mismo o por decisión de la Empresa (salvo si se trata de una causal justa según los artículos 62 y 63 del Cód.)...". Así que si la redacción del artículo anterior hace referencias como justas causales para la terminación del contrato, las que están señaladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo y no comprendiendo la del artículo 7º ordinal 15 del Decreto 2351 de 1965, quiere ello decir que si la demandada no

podía esgrimir como justa causa para la terminación del contrato de trabajo para librarse así de la indemnización por despido, mucho menos podía hacerlo con la causal 15 del artículo 7º para no reconocer proporcionalmente la jubilación.

"Y tanto es así que la Empresa pagó al trabajador según reza el documento obrante a folios 6 y 7, una indemnización por la suma de $ 33.543.00.

"En esa situación hay que aceptar que si la causal 15 del artículo 7º desaparecía como justa causa para la terminación del contrato, mal podía esgrimirse por la demandada para los efectos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

"Por otra parte no debe perderse de vista que según el artículo 55, aparte 2) de la Convención, si el trabajador se retira por renuncia o por mutuo consentimiento, tiene derecho a la pensión especial. Entonces, si en los dos casos anteriores no se pierde el derecho, cuál es la razón para que no lo tenga cuando la Empresa retira al trabajador en base del ordinal 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965".

Los artículos 52 y 55 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa y el Sindicato de sus trabajadores el 16 de abril de 1969, rezan lo que se copia:

"**Terminación del contrato según numerales 9, 13 y 15, Art. 7º, Decreto 2351.** — Artículo 52. a) La Empresa acepta que, en tratándose de trabajadores con contratos a término indefinido, no hará uso, como justa causa para darlos por terminación unilateralmente, de los numerales 9, y 13 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

"b) En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo por invocación del numeral 15 del Aparte A del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, la Empresa pagará al trabajador, además de las prestaciones legales indicadas en dicho artículo, la indemnización correspondiente a la terminación unilateral que no sea por justa causa.

"Artículo 53. 1. El Contrato de Trabajo termina con base en las causales indicadas en la ley, exceptuando los numerales 9 y 13 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

"2. En caso de terminación unilateral que no sea por justa causa, por parte de la Empresa, de contratos a término indefinido celebrados o que se celebren durante la vigencia de la presente Convención; ella pagará al trabajador la indemnización que le corresponda según el tiempo de servicio, continuo o discontinuo, de acuerdo con la siguiente tabla de indemnizaciones equivalente a días de salario:

Tabla

"Tiempo de servicio	Indemnización
"Más de dos meses y menos de un año	60 días
"Más de un año y menos de dos	75 días
"Más de dos y menos de tres ..	100 días
"Más de tres y menos de cuatro	115 días
"Más de cuatro y menos de cinco	130 días
"Más de cinco y menos de seis ..	160 días
"Más de seis y menos de siete ..	200 días
"Más de siete y menos de ocho ..	220 días
"Más de ocho y menos de nueve .	240 días
"Más de nueve y menos de diez .	260 días
"Más de diez y menos de once ..	390 días
"Más de once y menos de doce ..	420 días
"Más de doce y menos de trece .	450 días
"Más de trece y menos de catorce	480 días
"Más de catorce y menos de quince	510 días
"Más de quince y menos de dieciséis	550 días
"Más de dieciséis y menos de diecisiete	580 días
"Más de diecisiete y menos de dieciocho	610 días
"Más de dieciocho y menos de diecinueve	640 días
"Más de diecinueve y menos de veinte	670 días

"Por cada año de servicio o fracción posterior a los veinte se pagarán 30 días adicionales".

"Jubilación

"Artículo 55. 1. En caso de retiro para que el trabajador comience a disfrutar de su pensión de jubilación, en los términos y condiciones legales, ya sea que la terminación del contrato se efectúe por voluntad de él mismo o por decisión de la Empresa (salvo si se trata de una causal justa, según los artículos 62 y 63 del Código), ésta le hará un reconocimiento equivalente a la indemnización que según la tabla del artículo 53-2 le correspondería en el caso de terminación unilateral del contrato.

"2. Habrá lugar a un reconocimiento similar, proporcional al tiempo de servicio, en el caso de que por renuncia o por mutuo consentimiento de las partes, el trabajador se retire después de diez años de servicio.

"3. En caso de aplicarse la modalidad prevista en los anteriores numerales, no habrá lugar a la indemnización prevista en la Tabla del artículo 53-2 de esta misma Convención.

"4. Lo establecido en este artículo será imputado por la Empresa a aquello que la ley ha establecido o estableciere sobre la materia".

El aparte b) del artículo 52 transcrito prevé el pago de una indemnización en caso de terminación del contrato de trabajo por la causal por la cual fue despedido el trabajador en este asunto (literal A del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965), es a saber: la "correspondiente a la terminación unilateral que no sea por justa causa", indemnización que pagó la demandada oportunamente.

El artículo 55 establece en el aparte 1) que "en caso de retiro, para que el trabajador comience a disfrutar de su pensión de jubilación en los términos y condiciones legales... la empresa le hará un reconocimiento equivalente a la indemnización que según la tabla del artículo 53-2, le correspondería en el caso de terminación unilateral del contrato", es decir, que no crea o acepta ningún tipo de jubilación distinta de la señalada en la ley, pues en forma expresa se refiere a "pensión de jubilación en los términos y condiciones legales". Lo que determina es, además, una indemnización graduada de conformidad con la tabla fijada en el artículo 53-2, para el "caso de termiación unilateral que no sea por justa causa".

Y el mismo artículo en el aparte 2) admite "un reconocimiento similar, proporcional al tiempo servido, en caso de que por renuncia o por mutuo consentimiento de las partes, el trabajador se retire después de diez años de servicio".

De estas disposiciones de la Convención en estudio no surge, como lo sostiene la mayoría del Tribunal, que por ellas desapareció como justa causa de despido el literal A) del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, por lo que "mal podía esgrimirse por la demandada para los efectos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961", pues una cosa es el haberse pactado que pagaría en el evento de despido por dicha causal la indemnización arriba indicada y otra que las partes hubiesen convenido que la misma causal se tuviera como motivo no justo de despido, contrariando lo preceptuado en el texto legal. Cuando el literal b) del artículo 52 de la convención preceptúa que a la terminación del contrato originada en la citada causal, la empresa pagaría, además de las prestaciones legales respectivas, "la indemnización correspondiente a la terminación unilateral que no sea por justa causa", lo que hizo fue indicar la manera de liquidar esa indemnización extralegal (como si el despido se hubiese producido por causa no justa) y no dejar sin vigencia entre las partes la causal justificativa de terminación del contrato señalada en el citado literal A) del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Las cláusulas de un contrato deben aplicarse estrictamente a los eventos previstos en ellas y no extenderse por analogía a otros diferentes, que fue lo que efectuó el sentenciador en este negocio: lo previsto en la Convención fue una indemnización extralegal en caso de despido por invocación de la causal tantas veces citada; pero de aquí no podía deducirse en sana lógica que

dicha causal dejaba de ser justa causa de terminación del contrato y que, por consiguiente, le era aplicable también el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que prevé pensión especial de jubilación por despido sin justa causa.

La ley es susceptible de aplicarse a casos similares no previstos en ella, a fin de evitar denegación de justicia. Pero lo pactado en un convenio es de aplicación restringida a los puntos materia del contrato; lo no previsto en éste se rige por las normas legales respectivas, que en el evento **sub-judice** exigen despido sin justa causa para que tenga lugar la condena a pensión especial de jubilación después de diez años de servicio y la propia sentencia acusada reconoce que el del demandante se efectuó con el lleno de todos los requisitos que para ser justo señala el literal A) del numeral 15 del artícuo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Por lo consiguiente, es manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal al interpretar las cláusulas 52 y 55 de la Convención Colectiva de Trabajo citada para condenar al pago de pensión especial de jubilación contemplada en ellas.

Prospera, pues, el cargo y habrá de casarse la sentencia recurrida, tal como se pide en el alcance de la impugnación.

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, CASA TOTALMENTE la sentencia impugnada y, obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA la dictada en este asunto por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla.

Sin costas.

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.

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (Telecom)

Decreto número 0164 (Enero 27) de 1955, artículo primero. — Para todos los efectos legales, los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones son empleados públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. —Sala Plena. —Bogotá, D. E., agosto dos de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) fue demandada por Beatriz Peralta Conde para que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, indemnización por mora, perjuicios morales y materiales y pago de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria por enfermedad no profesional contraída al servicio de la misma.

Como hechos sustentantes de la acción afirmó que ingresó al servicio de la demandada el 15 de junio de 1954 con el cargo de Contadora y que fue destituída el 23 de septiembre de 1959, por Resolución número 419 del mismo mes y año; que en esta fecha tenía un sueldo promedio mensual de $ 604.13; que no se le han cubierto las prestaciones que reclama y que la demandada es "una entidad autónoma, con personería jurídica y de acuerdo con sus ordenamientos legales se explota con fines de lucro, pues sus estatutos así lo disponen en sus artículos 1º y 2º".

La empresa, por su apoderado judicial respondió la demanda, diciendo: "Todos los hechos de la demanda se fincan en la existencia de un contrato de trabajo; pero como éste no existió, los niega todos, por tanto". Y agregó: "A las peticiones, ninguna es procedente". Propuso, como dilatoria, la excepción de cosa juzgada y manifestó que "de acuerdo con el Decreto 0164 de 1955, la vinculación de la Empresa con sus servidores es de derecho público", y que "la señorita Beatriz Peralta Conde, por intermedio de apoderado, ya había iniciado en su Despacho y por las mismas acciones de la presente demanda, juicio ordinario contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, habiendo recibido, por parte del H. Tribunal de Santa Marta, fallo definitivo", para probar lo cual acompañó copia auténtica de éste.

El Juzgado Unico Laboral de Santa Marta terminó la primera audiencia de trámite, con esta resolución: "Declarar probada la excepción de cosa juzgada en el presente juicio", pero fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, al resolver el recurso de alzada interpuesto por el apoderado de la actora.

Tramitado el juicio en legal forma el Juzgado del conocimiento en "audiencia pública de juzgamiento" celebrada el 22 de agosto de 1966, resolvió: "Declarar nulo todo lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda, por incompetencia del Juzgado para dirimir la presente controversia". Fue también revocado este auto, en consecuencia del recurso de apelación, por el mismo Tribunal, el 30 de junio de dicho año, en el que ordenó, además: "El Juzgado que conozca de este proceso deberá pronunciar sentencia de mérito, es decir, resolver las peticiones de la demanda".

Con base en lo anterior, el Juzgado Primero del Circuito Laboral de Santa Marta

decidió el litigio mediante sentencia de 4 de diciembre de 1970 de la siguiente manera:

"1º Condénase a la **Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom)** representada por su Director General o Gerente General, que lo es actualmente el señor **Guillermo Sandoya Naranjo**, mayor y vecino de Bogotá, o quien lo represente a pagar a **Beatriz Peralta Conde**, lo que a continuación se expresa:

"a) Por concepto de auxilio de cesantía, la suma de tres mil doscientos noventa y un pesos con 57/100 ($ 3.291.57) m.l.

"b) Por concepto de lucro cesante, la suma de mil seiscientos ochenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 1.684.80) m. l.

"c) Por concepto de salarios caídos la suma de veinte pesos, con ochenta centavos diarios ($ 20.80) a partir del día veinticinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) hasta cuando se realice el pago de lo debido.

"2º Absuélvase a la Empresa demandada de los cargos impetrados en el libelo de demanda.

"3º Consúltese esta providencia en caso de no ser apelada.

"4º Sin costas".

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior mencionado el que confirmó el fallo anterior en el suyo de 17 de diciembre de 1971.

Contra éste, interpuso recurso de casación, por procurador judicial, la empresa, el que formuló la correspondiente demanda, oportunamente replicada por el apoderado de la parte actora, libelos que procede a estudiar la Sala.

Fija la demanda como principal alcance de la impugnación el que "la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto confirmó las condenas proferidas por el **a-quo** para que, en su lugar, como el **ad-quem**, revoque dichas condenas y absuelva de las peticiones correspondientes a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom), proveyendo sobre costas, según es de rigor". Además, y como consecuencia de un segundo cargo presentado para el caso de que no prospere el primero, pide que se "case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto confirmó la condena proferida por el **a-quo** por concepto de 'salarios caídos', para que, en su defecto, en sede de instancia, revoque esa condena y absuelva a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) de la petición respectiva, proveyendo sobre costas, como está mandado".

El primer cargo está concebido de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia recurrida de haber infringido directamente el artículo 5º del Decreto 3136 de 1958, en relación con los artículos 1º y 5º del Decreto 1050 del mismo año, 1º de la Ley 151 de 1959, 30, literal a), y 4º del Decreto 3049 de 1958, 45 del Decreto 3130 del mismo año, 3º de la Ley 5ª de 1943, 1º de la Ley 83 de 1945, 1º del Decreto 1684 de 1947, 2º del Decreto 1233 de 1950, 1º del Decreto 0164 de 1955, 74 del Decreto 1635 de 1960, 1º del Decreto 2709 del mismo año, 19 del Decreto 1684 de 1947, 94 del Decreto 1635 de 1960, 43 del Decreto 2709 del mismo año, 12 de la Ley 153 de 1887, 120, ordinal 3º, de la Constitución Nacional, por falta de aplicación, y los artículos 3º, literal b), del Decreto 1848 de 1969 y 4º del Decreto 2127 de 1945, en relación con los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 6º del Decreto 1050 de 1958, 2º del Decreto 2709 de 1960, por equivocada aplicación, infracciones que condujeron al **ad-quem** a la aplicación también indebida de los Arts. 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2567 de 1946, 1º y 2º de la Ley 65 de 1945, 1º y 6º del Decreto 1160 de 1947, 1º y 2º del Decreto 2272 de 1952, 1º del Decreto 1199 de 1954, 92 del Decreto 1635 de 1960 y 1º, 2º, 3º y 5º del Decreto 2661 del mismo año; 11 de la Ley 6ª de 1945, 40 y 51 del Decreto 2127 del mismo año y 2º de la Ley 64 de 1946; y 11 de la Ley 6ª de 1945, y 1º; parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949".

Entre los argumentos con que el casacionista sustenta el cargo se encuentra éste: "Así las cosas, aparecen igualmente inaplicados, siendo también pertinentes, los artículos 1º del Decreto 0164 de 1955, 94 del Decreto 1635 de 1960 y 43 del Decreto 2709 del mismo año, que estatuyeron que los trabajadores de la Empresa Nacional de Tele-

comunicaciones (Telecom) son empleados públicos, por haber interpretado acertadamente o con autoridad, según el caso, el 4º del Decreto 2127 de 1945".

El opositor replica que al presente caso no pueden aplicarse normas posteriores a 1959 en que terminó la relación laboral entre las partes, por lo cual fue bien aplicado el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que era el que regía la situación jurídica entre la empresa y la actora.

La Sala, para resolver, considera

La actora fue despedida el 23 de septiembre de 1959, fecha en que quedó definida una situación jurídica, que no podía regirse por preceptos posteriores a ella, susceptibles de regular las relaciones de trabajo en curso o las iniciadas bajo su vigencia, mas no las que habían terminado al entrar aquellos en vigor. En el momento en que el trabajador se desvincula por modo definitivo de su patrono se clausura la relación laboral o la de servicio público que les ligaba y las normas legales que se dictan a partir de ese momento no pueden incidir sobre relaciones desaparecidas de la vida jurídica.

Y en la fecha anotada, el régimen de los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones estaba fijado por el Decreto 0164 de 27 de enero de 1955 publicado en el Diario Oficial número 28680, cuyo texto es el siguiente:

"Decreto número 0164 (enero 27 de 1955). Por el cual se aclara la condición jurídica de algunos trabajadores del servicio oficial. El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y Considerando: Que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones es propiedad del Estado, y está destinada a la prestación de un servicio público de primordial importancia para la comunidad; Que el artículo 19 del Decreto 1684 de 1947, orgánico de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, establece que 'los empleados de la Empresa gozarán de las condiciones de las leyes y reglamentos respectivos, de las prestaciones sociales establecidas o que en lo futuro se establezcan para los empleados del Ministerio de Correos y Telégrafos', lo que equivale a definir a dichos trabajadores como empleados públicos; Que, no obstante, con frecuencia se suscitan diferencias de interpretación acerca de la condición jurídica de los trabajadores de la Empresa mencionada; Que el servicio de Telecomunicaciones interesa esencialmente a la seguridad del Estado, Resuelve: Artículo 1º. Para todos los efectos legales los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones son empleados públicos. Parágrafo. De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 548-bis de 1954, la Junta Directiva de la Empresa podrá crear, suprimir y fusionar los cargos que estime necesarios para la buena marcha de la misma, fijándoles las correspondientes funciones y remuneraciones, y, si fuere el caso, los viáticos, gastos de representación, etc., a que hubiere lugar. Artículo 2º. Contra las decisiones del Gerente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en materias contenciosas, proceden los recursos de reposición ante el mismo funcionario, y el de apelación ante el Ministro de Comunicaciones. Parágrafo. De ambos recursos debe hacerse uso dentro de los términos señalados en el Código Contencioso Administrativo. Artículo 3º. Este Decreto rige desde su expedición. Comuníquese y publíquese. Dado en Bogotá D. E., a 27 de enero de 1955. (Fdo.) General Jefe Supremo Gustavo Rojas Pinilla. Presidente de la República de Colombia. El Ministro del Trabajo, Cástor Jaramillo Arrubla. El Ministro de Comunicaciones, Brigadier General Gustavo Berrío Muñoz".

Este Decreto aclara el sentido del artículo 19 del Decreto 1684 de 23 de mayo de 1947, "por el cual se crea la Empresa Nacional de Telecomunicaciones", según el claro texto de sus considerandos transcritos. Y aquél y éste no son simples "decretos ejecutivos" que "no podían tener mayor fuerza que la Ley 6ª y su Decreto reglamentario 2127 de 1945", como lo asienta el Tribunal para explicar la aplicación preferente que hace del artículo 4º de este último y de cuyo análisis deduce que los trabajadores de Telecom están ligados a ella por contrato de trabajo.

El Decreto 1684 de 1947, tiene su origen, según lo dice expresamente en sus conside-

randos, en que "el artículo 3º de la Ley 6ª de 1943 autorizó la organización de una empresa que tuviera por objeto la unificación en la prestación de los servicios telefónicos, radiotelefónicos. y. radiotelegráficos"; que por esta razón el Gobierno creó la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones; que habiendo "adquirido el Gobierno las líneas de larga distancia, estaciones radiotelefónicas y plantas locales que constituyen los bienes de la Compañía Telefónica Central", "ha llegado el momento de crear la nueva empresa que tenga por objeto la unificación en la prestación de los servicios telefónicos, radiotelefónicos y radiotelegráficos, de que trata el artículo 3º de la misma Ley 6ª..."; en virtud de lo anterior Decreta: "Créase una Empresa Nacional que se denominará Empresa Nacional de Telecomunicaciones...".

Vése, pues, que este Decreto y el 0164 de 1955 que aclara el sentido del artículo 19 de aquél, son por lo menos reglamentarios de la Ley 6ª de 1943, y, por tanto, de la misma categoría del 2127 de 1945, reglamentario, a su vez, en parte, de la Ley 6ª de este año. Pero aquellos dos son, de un lado, posteriores al 2127 y de otro, regulan una materia determinada: la Empresa Nacional de Telecomunicaciones y en relación con ella, el artículo 1º del 0164, declara a sus trabajadores empleados públicos.

La conclusión salta a la vista: el precepto que acaba de citarse prevalece sobre la norma general del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y el Tribunal quebrantó directamente aquel precepto por haber dejado de aplicarlo y, consecuencialmente infringió el 4º del 2127 por aplicación indebida a un caso no regulado por él, desde que la calidad jurídica de los trabajadores de Telecom estaba definida por norma especial distinta: el artículo 1º del Decreto 0164 de 1955.

Pero el fallo impugnado asienta, de otra parte, que el artículo 5º del Decreto legislativo 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1969 "son aclaratorios del artículo 4º del Decreto 2127 y, por lo tanto, se consideran incorporados como parte de él" ę invoca la jurisprudencia de esta Sala en sentencia de 1º de marzo de 1969 (Homologación del Laudo Arbitral que decidió el conflicto de trabajo entre la Universidad de Antioquia y el Sindicato de sus trabajadores), que dice al respecto:

La regla del artículo 5º del Decreto 3135 además de referirse a la organización y funcionamiento de los servicios públicos como actividad del Estado, y concernir por tanto al interés general, es regla interpretativa de las disposiciones que determinan la situación del trabajador oficial, frente a las que fijan la del empleado público, y por consiguiente con vocación para ser aplicada a relaciones jurídicas anteriores a ella, puesto que a tenor de los Arts. 49 de la Ley 153, 1887 y del CPM la ley aclaratoria o interpretativa debe entenderse incorporada en la interpretada o aclarada, siendo aplicable a las controversias que se susciten sobre actos o contratos ejecutados o celebrados con anterioridad a su promulgación".

Sin embargo, una consideración más detenida de aquellos decretos conduce a la Corporación en pleno a rectificar la antecitada doctrina, porque, de un lado, el primero de los mismos es de carácter extraordinario, dictado en ejercicio de las facultades de tal índole concedidas al Presidente de la República, y no es jurídicamente posible que una ley resulte aclaratoria o interpretativa de un decreto reglamentario; para que este fenómeno ocurra la norma aclaratoria o interpretativa ha de ser de la misma categoría de la aclarada o interpretada; de otro modo lo que sucede es que el precepto legal deroga o modifica el del Decreto reglamentario. Y entonces éste, tendría vigor hasta la entrada en vigencia de la ley, sin que ella pueda mirarse incorporada en aquél o como parte integrante suya.

De otro lado, cuando el legislador interpreta con autoridad una disposición, lo hace en otra similar en que de modo claro, si no expreso, aparece el propósito interpretativo. Y el Decreto 3135 es un estatuto de carácter general "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", que no muestra ese propósito, sino el de regular íntegramente la materia y derogar todas las

disposiciones que le sean contrarias, según reza el último de sus artículos.

En consecuencia, tampoco era aplicable al caso sub-judice el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 por no tener carácter declaratorio o interpretativo del 4º del 2127 de 1945.

En resumen, pues, el Tribunal dejó de aplicar, siendo el pertinente, el artículo 1º del Decreto 0164 de 1955, que declaró empleados públicos a los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, infringiéndolo directamente, y, como consecuencia, aplicó indebidamente el 4º del Decreto 2127 de 1945, que no regulaba el evento sub-lite y los decretos posteriores a 1959, que no pueden predicarse de situaciones consumadas antes de su vigencia, para derivar de aquél y éstos la existencia de contrato de trabajo entre esa empresa y la demandante. De contera, quebrantó también las normas relacionadas con las condenas que impuso, al fundarlas en un contrato de trabajo inexistente.

Por lo tanto, el cargo prospera y habrá de casarse el fallo impugnado, de acuerdo con el alcance de la impugnación principal, lo que hace inútil el estudio del segundo ataque.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia impugnada en cuanto confirmó las condenas al pago de auxilio de cesantía, indemnización por lucro cesante e indemnización moratoria, y, en sede de instancia, REVOCA los literales a), b) y c) del punto primero de la parte resolutiva de la sentencia dictada en este mismo juicio por el Juzgado Primero del Circuito Laboral de Santa Marta, y, en su lugar, ABSUELVE a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) de las pretensiones del libelo inicial del juicio. NO SE CASA EN LO DEMAS la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Alejandro Córdoba Medina, Miguel Angel García B., Jorge Gaviria Salazar, Luis Fernando Paredes Arboleda (conjuez), *Guillermo López Guerra* (conjuez).

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Artículo 60 del Código Procesal del Trabajo: "El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto diez de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Félix Bovea Ortiz, domiciliado en Barranquilla, por medio de apoderado demandó a la Nación, representada por el Procurador del Distrito y por el Director Seccional del Departamento de Aeronáutica Civil, quien asesorará al Ministerio Público en los términos del artículo 35 del Código Procesal del Trabajo, a fin de que previo el cumplimiento de los trámites de rigor fuese condenada a pagarle las sumas que resulten por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía, pensión ordinaria de jubilación, vacaciones, prima de navidad, salarios por horas extras laboradas, salarios por trabajo en días domingos y feriados, indemnización por despido injusto, "salarios caídos" y costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Félix Bovea Ortiz prestó sus servicios como celador en el aeropuerto de Soledad el 14 de abril de 1941, mediante contrato de trabajo con la empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A., "Avianca"; el 1º de mayo de 1956, cuando la Empresa Colombiana de Aeródromos se hizo cargo del aeropuerto de Soledad, continuó prestando sus servicios por orden de Avianca hasta el 14 de octubre de 1956, que venció el término presuntivo de su contrato, y de allí en adelante, en virtud de la sustitución patronal, pasó a depender, sin solución de continuidad, de la Empresa Colombiana de Aeródromos, que lo confirmó en el cargo que venía desempeñando; el 10 de marzo de 1969 el Departamento de Aeronáutica Civil, que hace parte de la Nación, se hizo cargo del aeropuerto de Soledad por desaparición de la Empresa Colombiana de Aeródromos, y en consecuencia pasó a ser obrero o trabajador oficial de la Nación en el ramo de Obras Públicas (Aeropuertos), con el cargo de Celador III, hasta el 15 de enero de 1970, fecha en la cual fue despedido sin mediar causa alguna, y cuando tenía 63 años de edad; el último sueldo devengado fue de $ 1.080.00 básicos por mes, más horas extras y salario por trabajo en domingos y feriados, no habiéndosele pagado las horas trabajadas en el segundo semestre de 1969, y en cuanto a los domingos trabajados, no recibió salario compensatorio, ni el pago triple como lo ordena el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965. Por haber prestado el demandante sus servicios por más de veintiocho años como celador del aeropuerto de Soledad, en forma ininterrumpida, mediante sustituciones patronales, el último patrono, la Nación, es el llamado a reconocerle la pensión de jubilación, la que no se le ha otorgado; tampoco se le ha pagado auxilio de cesantía, prima de Navidad de 1969 y las vacaciones correspondientes a los últimos tres años y medio de servicios, derechos que reclamó en escritos de 21 y 29 de julio de 1970, que no fueron contestados, por lo cual se agotó la vía gubernativa.

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral de Barranquilla como si se hubiese dirigido contra la Nación y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Corrido el traslado legal al Director Seccional del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dicho funciona-

rio constituyó apoderado, quien no contestó la demanda. El Procurador del Distrito Judicial de Barranquilla, a quien también se le dio traslado de la demanda, se limitó a contestarla manifestando que no le constaban los hechos y que se atenía a lo que se probare.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento desató la litis en sentencia de doce de junio de mil novecientos setenta y uno, en la cual resolvió lo siguiente: "1º Declárase probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, en relación con la cesantía y la jubilación que reclama el señor Félix M. Bovea Ortiz. 2ª Condénase a la Nación y al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a pagar al demandante señor Félix M. Bovea Ortiz, la suma de dieciocho mil ciento veinticuatro pesos con 92/100 ($ 18.124.92) por los siguientes conceptos:

"a) Por tres vacaciones ....$	1.785.00
"b) Por indemnización por despido	16.339.92
"Total .....$	18.124.92

"3º Absuélvese a la Nación y al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, de los demás cargos de la presente demanda. 4º Sin costas".

Apelaron los apoderados del trabajador demandante y del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, al decidir la alzada en sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y uno, falló en la siguiente forma: "Refórmase la sentencia apelada, la cual quedará así: Primero. Condenar a la Nación y/o Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a pagar al señor Félix M. Bovea Ortiz, la suma de sesenta y nueve mil trescientos ochenta y nueve pesos, con cuarenta y dos centavos ($ 69.389.42), así):

Por auxilio de cesantía ....$	33.417.50
Por indemnización por despido injusto	34.186.92
Por vacaciones	1.785.00

Segundo. Condenar a la Nación y/o Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a pagar al señor Félix M. Bovea Ortiz, una pensión vitalicia de jubilación de ochocientos noventa y dos pesos, con cincuenta centavos ($ 892.50) mensuales, a partir del diez y seis (16) de enero de mil novecientos setenta (1970).

Tercero. Condenar a la Nación y/o Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a pagar el señor Félix M. Bovea Ortiz, salarios caídos a razón de treinta y nueve pesos, con sesenta y seis centavos ($ 39.66), por cada día de mora en el pago de las prestaciones sociales, desde el treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos setenta (1970), hasta la fecha en que se verifique el pago.

Cuarto. Absolver a la demandada de los demás cargos de la demanda.

Quinto. Sin costas".

Interpuso el recurso de casación el apoderado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, tanto el Procurador Delegado en lo Civil como el apoderado especial del Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, quien actúa en virtud de lo previsto en el artículo 35 del Código Procesal del Trabajo, formularon demanda de casación, habiéndose opuesto a ambas el apoderado de Félix M. Bovea Ortiz.

Por razones de método se estudiará en primer término la demanda presentada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por perseguir cada uno de los cargos que contiene la absolución total de la Nación.

Demanda del Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil

Alcance de la impugnación

Lo enuncia así el recurrente: "Aspiro a que la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto por sus numerales 1º, 2º y 3º fulminó en contra de la Nación y/o Departamen-

to Administrativo de Aeronáutica Civil las condenas referidas en el hecho 4º anterior, para que, en su lugar, como ad-quem, revoque los numerales 1º y 2º de la sentencia de primer grado y absuelva a la Nación (Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil) de las peticiones de auxilio de cesantía, pensión de jubilación, compensación de 3 años de vacaciones e indemnización por despido, proveyendo sobre costas según es de rigor".

Invocando la causal primera de casación formula dos cargos, que se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia impugnada de haber transgredido, por interpretación errónea, el artículo 5º, inciso 1º, del Decreto 3135 de 1968, en relación con los artículos 1º y 3º del Decreto 1050 de 1968, 1º, 2º y 3º, literal a), del Decreto 1848 de 1969, 1º de la Ley 6ª de 1945, 4º del Decreto 2127 del mismo año, 1º del Decreto 3140 dé 1968, 57 de la Constitución Nacional y 633 del Código Civil, infracción ésta que la condujo a aplicar indebidamente los artículos 67, 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, 8º, inciso 3º, de la Ley 6ª de 1945, 2º, inciso 3º, de la Ley 64 de 1946 y 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945; 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 6ª de 1945, 51 del Decreto 2127 de 1945, 2º de la Ley 64 de 1946, 37, 40 y 43 del Decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968); 17, literal a), 18 y 19 de la Ley 6ª de 1946, 1º del Decreto 2567 de 1946, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 1º y 6º del Decreto 1160 de 1947, 3º, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 37 y 38 del Decreto 3118 de 1968; 17, literal b), 18 y 19 de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 65 de 1946, 5º de la Ley 171 de 1961, 20 del Decreto 1611 de 1962, 4º y 7º de la Ley 4ª de 1966 y 14, numeral 1º, literal h), 27 y 33 del Decreto 3135 de 1968; y 2º de la Ley 72 de 1931, 1º del Decreto 2939 de 1944, 8º y 10 del Decreto 3135 de 1968 y 43, 46, 47 y 48 del Decreto 1848 de 1969".

El casacionista sustenta así su acusación:

"De los siguientes hechos, ciertos e indiscutidos, del proceso, a saber: que Félix M. Bovea Ortiz prestó sus servicios, como Celador del Aeropuerto de Soledad, en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dependencia de la Nación encargada —entre otros fines— de "la construcción, reparación y mantenimiento de los aeropuertos y pistas de aterrizaje en el país", o sea, de una 'labor de obras públicas', el ad-quem concluyó en que aquél era un trabajador oficial de ésta, es decir, vinculado a ella por contrato de trabajo. Así las cosas, esta conclusión es, sin duda, el producto de su errónea interpretación del inciso 1º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. En efecto, donde este inciso dice que, 'sin embargo', los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales', entendió que lo son los de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias o Establecimientos Públicos dedicados —total o parcialmente— a la construcción y sostenimiento de obras públicas. Empero, téngase o no como aclaratorio del 4º del Decreto 2127 de 1945, el artículo 5º del 3135 de 1968, en su inciso destacado, está referido a la actividad que desarrolle el propio trabajador de que se trate en el Ministerio, al Departamento Administrativo, la Superintendencia o el Establecimiento Público a que esté vinculado, y no, de ninguna manera, a las actividades que desarrollan estos organismos, como tales".

Transcribe apartes del fallo de esta Corporación de cuatro de mayo de mil novecientos setenta (Adolfo Camacho, contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas—) y luego agrega para terminar:

"Esta interpretación errónea condujo al sentenciador de segundo grado a reputar como trabajador oficial de la Nación (Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil) a un celador del Aeropuerto de Soledad que, como tal, nunca laboró ni pudo laborar en la construcción o el sostenimiento de una obra pública y, consecuencialmente, a la aplicación indebida de algunas, si no de todas, las normas que el cargo se ha visto precisado a señalar ante la extrema vaguedad de la providencia impugnada, que no cita sino el precepto 8º del Decreto 2351

de 1965 y, de manc de esa honorable corporación, los artículos 18 y 19 de la Ley 6ª, de 1945, y a la condena, no solo de la Nación, sino, además o alternativamente, del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, con olvido de que él, como simple dependencia de aquélla, hace parte de la misma, concretamente de su gobierno, no es una persona jurídica y, por lo tanto, no puede ser sujeto de derechos y obligaciones. Estimo, pues, que el cargo está fundado. Por ello debe casarse la sentencia gravada y, en función de instancia, proveerse de conformidad con lo impetrado en el 'alcance de la impugnación', desde luego que Félix M. Bovea Ortiz no estuvo vinculado a la Nación por contrato de trabajo".

Para el opositor no existió error de interpretación alguna por parte del ad-quem, pues éste no hizo sino calificar a un servidor del Estado como trabajador oficial, tomando en cuenta la actividad de obras públicas en la cual prestó servicios, siguiendo así los lineamientos de la jurisprudencia contenida en fallo de veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta y dos, Alvaro Pardo contra Departamento de Cundinamarca, y que sólo podría haber fundamento para la prosperidad del recurso a través de la existencia de un error de hecho consistente en haberse dado por demostrado que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil está encargado de la construcción, reparación y sostenimiento de los aeropuertos del país, labor de obras públicas, supuesto fáctico por lo demás, que el recurrente acepta.

Se considera

En relación con la naturaleza del vínculo que ligó a Félix M. Bovea Ortiz con la Nación, el Tribunal Superior se limitó a decir lo siguiente: "La Sala comparte totalmente los fundamentos de esta sentencia (refiriéndose a la de primer grado), en cuanto a la presencia de un contrato de Trabajo con un trabajador oficial, ya que el demandante venía laborando como Celador al servicio del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dependencia de la Nación, encargada de la construcción, reparación y mantenimiento de los aeropuertos y pistas de aterrizaje en el país, labor de 'obras públicas'." El juez de primera instancia, a cuyo fallo se refiere el ad-quem, también se limitó a afirmar la existencia de un vínculo laboral, en los siguientes pasajes del fallo: "El fallador considera que el demandante como trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, estaba forzosamente afiliado a la Caja Nacional de Previsión a la cual están afiliados todos los trabajadores de la demandada y de la Nación..." y "Es bien sabido que el actor estuvo vinculado a la demandada por una relación laboral como celador del aeropuerto, y que la insubsistencia no constituye justa causa de despido..."

De lo transcrito no es posible deducir exactamente en qué se fundamentó el adquem para llegar a la conclusión de que Félix M. Bovea Ortiz estuvo ligado por contrato de trabajo con el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; si en una interpretación del precepto que regula la materia, si ignoró la norma o se rebeló contra su contenido, si encontró demostrado el hecho de la vinculación contractual, o si aplicó la norma a un hecho que consideró contemplado en ella. En estos casos, cuando el fallador olvida las reglas contenidas en los artículos 60 y 61, inciso final, del Código Procesal del Trabajo y 304 del Código de Procedimiento Civil, se presenta perplejidad en el acusador sobre si la pretendida violación de la ley se produjo por uno u otro concepto. De ahí que si escoge uno de ellos, no incurre en desacierto técnico, como lo pretende el opositor. Procede el estudio del cargo.

Esta Corporación ha fijado la correcta interpretación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Así, en fecha reciente, dijo sobre el particular:

"La determinación de la primera parte de esta norma es precisa y no da campo a vacilación alguna en cuanto a que los servidores de las entidades o dependencias en ella mencionadas son empleados públicos; afirmar lo contrario es rebelarse contra el texto evidente de la misma, que sólo admite dos excepciones, a saber: 1º. ' "Los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores ofi-

ciales" '. 2º ' "En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

"En consecuencia, la regla general es la de que son empleados públicos todos los que trabajan en Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos y quien pretenda salirse de ella debe probar la excepción, de acuerdo con el principio de derecho probatorio en cuya virtud pesa sobre el excepcionante la carga de la prueba. Esta, ha de darse: o con la demostración de que el que invoca en su favor la situación excepcional se encuentra en algunos de los casos que para tener la calidad de trabajador oficial precisan los estatutos del respectivo establecimiento público o con las probanzas de que era trabajador de la construcción o sostenimiento de obras públicas, pues la norma en este punto se refiere a la actividad desempeñada y no a los fines de la entidad o dependencia en que se labora. Si la regla general es la de que quienes sirvan en Ministerios, Departamentos Administrativos o Establecimientos Públicos son empleados públicos, su aplicación concreta es la de el que sirve, v. gr., en el Ministerio de Obras Públicas o en un Departamento Administrativo o en un Establecimiento Público destinados a construcción y sostenimiento de ellas, son empleados públicos, a menos ("sin embargo" dice el artículo 5º en comento) que demuestren que son "trabajadores de la construcción o sostenimiento" de las mismas, o sea, que su actividad era la de realizar uno de estos objetivos o ambos. En este sentido se precisan los términos de la sentencia dictada por esta Sala el 24 de febrero del año que corre en el juicio seguido por Alvaro Pardo Castro contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social del mismo. (Sentencia de julio veinticinco de mil novecientos setenta y dos, Francisco Estepa Peña contra Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—).

De manera que el Tribunal Superior al entender que por la sola circunstancia de haber prestado sus servicios el demandante en un Departamento Administrativo entre cuyas funciones está la construcción y mantenimiento de obras públicas se encontraba vinculado por contrato de trabajo, interpretó erróneamente el inciso 1º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, por cuanto los trabajadores al servicio de los Departamentos Administrativos son por regla general empleados públicos, salvo que desarrollen sus actividades en la construcción o sostenimiento de obras públicas, excepción que debe ser comprobada por el trabajador, lo que no sucedió en el caso en estudio, por lo cual hay que aplicar la regla general y considerarlo como empleado público. En consecuencia prospera el cargo y se casará la sentencia en lo pertinente.

Siendo empleado público el señor Félix M. Bovea Ortiz por tratarse de un trabajador del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y no haber acreditado que se encontraba dentro de la excepción, o sea vinculado a una obra pública o a su sostenimiento, las acciones incoadas con base en un contrato de trabajo no tienen respaldo legal y por lo tanto es procedente absolver de las pretensiones de la demanda a la Nación, absolución que no implica un pronunciamiento sobre las pretensiones que puedan fundamentarse en una relación de derecho público.

Como la prosperidad del cargo conduce a la casación del fallo acusado y a la absolución total de la demandada, previa revocatoria de las condenas de la sentencia de primera instancia, es inoficioso estudiar el otro cargo de la demanda extraordinaria presentada por el apoderado del Director Administrativo de Aeronáutica Civil, que persigue lo mismo, ni los de la del señor Procurador General de la Nación, cuya finalidad es conseguir la casación total o parcial del fallo acusado.

Cabe observar por último que el ad-quem condenó a la Nación y/o al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, entidad que no fue demandada y que carece de personería jurídica, habiendo sido citado su Director en los términos del artículo 35 del Código Procesal del Trabajo, y sin que sea posible desentrañar lo que quiso decir con la alternabilidad de las conjun-

ciones y/o. Error de los falladores que se anota, porque la Corte, como Tribunal de instancia, absolverá únicamente a la Nación, que fue la demandada.

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 la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y uno, en cuanto en los ordinales primero, segundo y tercero condena a la Nación y/o Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a pagar a Félix M. Bovea Ortiz sumas por concepto de auxilio de cesantía, indemnización por despido injusto, vacaciones, pensión vitalicia de jubilación e indemnización moratoria, y en sede de instancia REVOCA los ordinales 1º, 2º y 3º del fallo de primer grado, y en su lugar absuelve a la Nación de los cargos de la demanda. NO SE CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso. Costas de la primera instancia a cargo del demandante.

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.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION

La Corte observa que, el artículo 1º del Decreto 643 de 1967, reglamentario de la Ley 4ª de 1966, establece un procedimiento específicamente determinado para obtener el reajuste de pensiones contemplado en la citada ley, el cual como es obvio es de obligatorio cumplimiento para los fines aludidos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor **Arquimedes Maury Castro**, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra las **Empresas Públicas Municipales de Barranquilla**, una vez agotada la vía gubernativa, con la finalidad de obtener el reajuste de su pensión de jubilación en conformidad con lo dispuesto por la Ley 4ª de 1966 y Decreto reglamentario de la misma, a partir del mes de octubre de 1966.

Explica que: fue jubilado con la cantidad de $ 2.595,88 mensuales desde el mes de julio de 1964 por resolución Nº 32 de 25 de agosto de dicho año, y que posteriormente la Empresa para ejecutar las labores que venía desempeñando el actor alquiló un equipo electrónico IBM a razón de U.S. $ 3.000.oo mensuales el cual era manejado por 12 empleados que devengaban entre todos $ 16.780.oo mensuales.

Señala que se dirigió al Departamento Nacional del Servicio Civil y que en vista de la demora de las Empresas en contestarle, y de la mora de esta última entidad citada en darle respuesta solicitó una acción exhibitoria de donde pudo comprobarse que el equipo IBM lo manejaban 11 empleados con un sueldo promedio de $ 6.718,67 por década lo que viene a representar más o menos $ 20.156.oo mensuales, y añade pormenores relacionados con su caso.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor, aceptó algunos hechos y negó otros y puntualizó que el certificado de **equivalencia** expedido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil fija un sueldo de $ 2.320.oo para las labores que desempeñaba el demandante, que es inferior a la pensión que éste percibe.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, que fue el del conocimiento, desató la litis con fallo de treinta de octubre de mil novecientos setenta y uno por el que resolvió así:

"1º) **Condenar**, como en efecto se condena a las **Empresas Públicas Municipales de Barranquilla**, representada por su gerente señor doctor José Guerra Amar y en este juicio por el doctor Antonio Caballero Villa a pagar al señor Arquimedes Maury Castro, representado en este juicio por el doctor Hernán Maury Castro, el reajuste de la pensión de jubilación a contar desde el mes de octubre de 1966, en cuantía de $ 4.022,79 por cada mes, hasta el (sic) de octubre de 1971.

"2º) **Condenar**, como en efecto se condena a las **Empresas Públicas Municipales de Barranquilla**, representada por su Gerente doctor José Guerra Amar y en este juicio por el doctor Antonio Caballero Villa a pagar al señor Arquimedes Maury Castro representado en este juicio por el doctor Hernán Maury Castro, una pensión de jubilación de $ 6.718,67 moneda corriente, desde el 1º de noviembre de 1971.

"3º) **Sin costas**".

Apeló de ese proveído la parte demandada y el **Tribunal Superior del Distrito Ju-**

dicial de Barranquilla por medio de sentencia de fecha de diez de febrero del corriente año, confirmó todo lo resuelto por el a-quo.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada. Aceptado aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda y oportunamente la réplica, se procede a decidir.

La demanda

Fija el recurrente el alcance de la impugnación diciendo:

"Aspiro a que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia case totalmente la providencia impugnada, para que en su lugar, en sede de instancia, revoque la del a-quo y absuelva a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla de la pretensión contenida en la demanda inicial del juicio".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en élla formula los siguientes cargos:

"Primer cargo. Acuso la providencia impugnada de haber violado directamente, por aplicación indebida, los artículos 5º de la Ley 4ª de 1966 y 1º del Decreto 643 de 1967 (La referencia al Decreto 634 de 1967, que hace el ad-quem, es errada).

"En efecto, como el cargo que sirvió de base a la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al actor se había transformado y ya no conservaba su primitiva denominación, el reajuste de tal prestación ordenado por las normas que la acusación singulariza —de ser procedente— solo cabía hacerlo con fundamento en el cargo equivalente determinado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

"En el caso sub-judice, sin embargo, el ad-quem desechó expresamente, por inequitativa, la equivalencia que determinó esa dependencia gubernamental y aplicó las normas en cuestión a una situación de hecho no regulada por ellas, a saber: la distinta deducida por él de los hechos establecidos en las inspecciones judicial y extrajudicial.

"De haber aplicado las normas mencionadas a la situación fáctica determinada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, la solución habría sido, sin duda, absolutoria para la parte que represento.

"No huelga agregar que son hechos indiscutidos del proceso:

"1º. Que al demandante se le reconoció pensión de jubilación con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1966;

"2º. Que para la fecha de esta vigencia el cargo que sirvió de base para la liquidación de esa pensión se había transformado y no mantenía su denominación primitiva;

"3º. Que el Departamento Administrativo del Servicio Civil, requerido por las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla al efecto y previos los trámites de ley, estableció la inexistencia de cargo similar al que había desempeñado el actor y determinó que él equivalía, por análisis de funciones, al de 'Jefe de Sección Clase V - Remuneración Grado 16, Nivel A - Sueldo $ 2.320.oo'; y

"4º. Que la liquidación de contadores del acueducto se hacía en la fecha de la vigencia de la Ley 4ª de 1966, por medio de un equipo de computación electrónica manejado por ocho personas, las cuales devengaron en total, en ese entonces, $ 20.156,21 al mes. Porque la diferencia de criterios entre las partes acerca de si los trabajos cumplidos por este equipo son iguales o más amplios que los que cumplía Maury Castro, deja incólume el hecho de que, de todas maneras, tal equipo reemplazó en éstas al actor".

El opositor contradice las pretensiones del casacionista las que considera equivocadas, y critica la actuación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, de quien dice que no cumplió con las funciones de: examinar, averiguar e investigar en forma completa el asunto para determinar la equivalencia de funciones con las que desempeñaba el actor del juicio, sino que de cualquier manera indicó esa equivalencia con un cargo que devengaba la cantidad de $ 2.320.oo mensuales.

Se estudia el cargo

El Tribunal de Barranquilla para llegar a la conclusión confirmatoria del pronunciamiento del a-quo, que ordenó el reajus-

te de la pensión del demandante, razonó de la siguiente manera:

"Según el Acta a folios 13 a 16, no es propiamente que el cargo desempeñado por el demandante, que sirvió de base para la liquidación de la pensión de jubilación reconocida con anterioridad a la Ley 4ª de 1966, hubiese desaparecido, sino que se transformó, pasando la misma labor de liquidación de contadores a ser desempeñada por ocho empleados manejando un equipo electrónico I.B.M., en sustitución del Kárdex que venía siendo el medio de que disponía el demandante señor Maury Castro para el mismo efecto, con un rendimiento promedio diario de 1.848 contadores liquidados. Que tal conjunto de personal **sustituyó en las funciones o cargo que desempeñaba el demandante** a la fecha en que fue jubilado, devengó por década en abril de 1966 la suma de $ 6.718,67, o sea, $ 20.156,21 al mes. (Se subraya).

"Se constató también que el demandante llevaba además el kárdex correspondiente a los servicios gratuitos que por concepto de agua otorgan las Empresas a las diferentes entidades de Barranquilla.

"A juicio de la Sala quiere ello decir evidentemente que la equivalencia de remuneración de cargo y funciones que desempeñara el demandante como Liquidador de Contadores, es con la de los ocho empleados que lo reemplazaron o sustituyeron en la misma labor, con la ventaja para éstos de que los datos y la labor de cálculo los efectúa una máquina computadora electrónica, en tanto que aquél tenía que verificar la computación a mera máquina cerebral.

"Por lo que sería contrario a la equidad que aquella dispendiosa y compleja labor viniera a equipararse con la de un nominal y corriente Jefe de División, cuando según certifica el propio Departamento Administrativo del Servicio Civil **'no se encontró cargo similar'.**

"Considerando, pues, que la remuneración equivalente al cargo que sirvió de base para la jubilación reconocida al demandante con anterioridad a la Ley 4ª de 1966 en el año de 1966 fue el total de las asignaciones mensuales devengadas por los ocho empleados que lo sustituyeron en la realización de la misma labor, se impone concluir que para la efectividad del aumento dispuesto en el artículo 5º de la precitada ley, procede deducir el 75% a ese total, de $ 20.156.21, que da un resultado de $ 15.124,66, el cual sería el monto a cuyo nivel habría de elevarse la pensión de que disfruta el demandante para los efectos del artículo precitado".

Continúa el Tribunal con el análisis de algunas consideraciones del Juzgado, con las que no está de acuerdo y concluye:

"Pero como la parte demandante se conformó a lo resuelto, no obstante haber apelado, siendo que en el escrito resumen de su alegación en esta instancia, no manifiesta inconformidad alguna, sino que expresamente se limita a solicitar que se desechen los argumentos del apoderado de la demandada y se confirme la sentencia del a-quo. Considera la Sala que sería hacer más gravosa la situación de la demandada apelante si la condenara a más de lo resuelto en la sentencia del **a-quo**. De ahí que la Sala haya de confirmar la parte resolutiva del fallo que se revisa".

La Corte observa que, el artículo 1º del Decreto 643 de 1967, reglamentario de la Ley 4ª de 1966, establece un procedimiento específicamente determinado para obtener el reajuste de pensiones contemplado en la citada ley, el cual como es obvio es de obligatorio cumplimiento para los fines aludidos.

Y el literal b) del mencionado artículo 1º de ese Decreto reglamentario precisa que, en caso de que el cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación de la pensión del interesado: "desaparecieron, fueron suprimidos o no conservan su primitiva denominación", el Departamento Administrativo del Servicio Civil determinaría la equivalencia mediante el método que en ese decreto se señala.

En el caso sub-judice al folio 38 del expediente aparece una certificación que dice textualmente:

"El jefe de la División de Clasificación y Remuneración del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en atención a so-

licitud del Juzgado 3º Laboral Municipal del Departamento del Atlántico, hace constar:

"Que en los archivos de la División de Clasificación y Remuneración, se encuentra el siguiente certificado: 'República de Colombia. El Departamento Administrativo del Servicio Civil, previo estudio elaborado por la División de Clasificación y Remuneración sobre Equivalencia de Empleos, certifica: 1º. Que Empresas Públicas Municipales de Barranquilla expediente Nº 3360 manifiesta en solicitud escrita que el cargo base para la liquidación de la Pensión de Jubilación o Invalidez correspondiente a Arquimedes Maury Castro, C. C. Nº 896.169 de Barranquilla, fue el siguiente: a) Liquidador de Contadores. Departamento de Facturación Empresas Públicas Municipales de Barranquilla; 2º) Que tal cargo equivalía, por similitud de funciones, el 23 de abril de 1966 al siguiente: Denominación del Empleo, Jefe de Sección Clase V., Remuneración-Grado 16 Nivel A. Sueldo $ 2.320.oo. Se expide el presente Certificado en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 4ª de 1966 en su artículo 5º y para atender lo solicitado por la respectiva Caja de Previsión o entidad pagadora, en oficio N. sin número del 29 de marzo de 1968; 3º) Observaciones: Investigadas las diferentes Empresas de Servicios Públicos, no se encontró cargo similar. El Departamento Administrativo del Servicio Civil por análisis de funciones da como equivalente el anotado".

Con todo, el Tribunal para respaldar su proveído estableció de suyo una equivalencia derivada de la comparación del trabajo que desempeñaba el señor Maury Castro, quien como liquidador de Contadores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, ejecutaba hasta 1.848 liquidaciones diarias con base en el Kárdex, con un sueldo mensual de $ 2.695.88, con las labores propias de ocho empleados que manejaban el equipo electrónico y que devengaban en conjunto un salario promedio mensual de $ 20.157.17.

Es decir que, esta equivalencia tomada por el Tribunal de manera sui-generis, le sirve para confirmar las condenas al reajuste de jubilación ordenadas por el juez del conocimiento, lo cual no está conforme con lo estatuido por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 ni lo establecido por el decreto reglamentario 643 de 1967. Con el aditamento de que el propio ad-quem sostiene que los ocho empleados laboran en el funcionamiento de la máquina electrónica, la cual entre otras funciones, efectúa las liquidaciones de Contadores además de las de aseo y alcantarillado, siendo el equipo I.B.M., el que realiza esas liquidaciones y no los empleados que atienden solamente su funcionamiento.

En estas objetivas condiciones, es evidente que el fallador de segundo grado, para deducir aquella similitud o equivalencia, empleó un sistema o procedimiento no contemplado en las normas antecitadas, las cuales aplicó en consecuencia a una situación no regulada por ellas, de donde como corolario lógico emerge la violación de tales disposiciones por cuanto esa aplicación resulta indebida.

El cargo por tanto prospera y habrá de ser casada la sentencia de cuya impugnación aquí se trata.

La prosperidad de este cargo hace inútil la solución del segundo en donde se persigue el mismo fin.

Consideraciones de instancia

Además de las observaciones ya anotadas, cabe añadir aquí que, el a-quo no tuvo en cuenta la certificación suficientemente explicativa del Departamento Administrativo del Servicio Civil, pues la equivalencia para efectos del reajuste de pensión de jubilación en los casos indicados en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 y en el literal b) del Decreto 643 de 1967, solo puede establecerse por el procedimiento señalado por ese decreto y no de otra manera.

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 diez de febrero

del corriente año, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en cuanto confirmó la del **a-quo,** y en sede de instancia, REVOCA el fallo de primer grado pronunciado en este mismo juicio por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, el diez de octubre de mil novecientos setenta y uno y en su lugar ABSUELVE a la parte demandada de los cargos de la demanda.

Con costas de primera instancia a cargo del demandante.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAJA NACIONAL DE PREVISION

Sobre este particular se ha dicho reiteradamente por esta Sala de la Corte que: la Caja Nacional de Previsión Social "...no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las prestaciones a que está obligada, sino que lo efectúa en cada caso por petición del respectivo interesado, quien debe acompañar además las comprobaciones necesarias para demostrar los derechos que tiene a la prestación que solicita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

Con fundamento en un vínculo contractual laboral el señor Manuel José Quijano, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria de mayor cuantía contra la Nación y la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA", solidariamente, con la finalidad de obtener el pago de:

"a) Salarios. Los causados y no pagados durante 18 días del mes de julio de 1964, a razón de $ 1.020.oo mensuales.

"b) Vacaciones. Las causadas y no pagadas durante su tiempo de servicios.

"c) Cesantía. La causada y no pagada por su tiempo de servicios.

"d) Prima de Navidad. La causada y no pagada durante el año de 1964, y hasta el 18 de julio del mismo año.

"e) Subsidio familiar. De sus hijos: Ruth Islena, Edgar Hernando y Manuel José.

"f) Lucro cesante. Su indemnización por despido injustificado e intempestivo.

"g) Indemnización por no pago. Por este concepto un salario diario en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se cancelen a mi poderdante la totalidad de sus acreencias laborales".

No respondió la demanda la Empresa Colombiana de Aeródromos pero sí el Procurador del Distrito a nombre de la Nación, quien se opuso a las pretensiones del actor e interpuso las excepciones de inepta demanda e ilegitimidad de la personería de la parte demandada, en lo atinente a la Nación.

El Juzgado Sexto Laboral Municipal de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y nueve, mediante el cual resolvió así:

"Primero: Declárase que no hay solidaridad entre la Nación y la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA", teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de ésta providencia.

"Segundo: Condénase a la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA" representada por su Gerente, Juan Berón Caycedo, o quien haga sus veces, a pagar tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia a Manuel José Quijano Forero, las siguientes cantidades de dinero, por los conceptos que se enumeran:

"a) La suma de seiscientos setenta y siete pesos con ochenta y ocho centavos ($ 677,88) M/cte., por concepto de salarios insolutos;

"b) La suma de un mil ciento cuarenta y seis pesos con cuarenta y dos centavos ($ 1.146,42) por concepto de cesantía;

"c) La suma de trescientos trece pesos ($ 313.oo) por concepto de prima de navidad;

"d) La suma de **cuatro mil trescientos sesenta y ocho pesos con cincuenta y seis centavos** ($ 4.368,56) por concepto de lucro cesante.

"e) La suma de **treinta y siete pesos con sesenta y seis centavos** ($ 37,66) M/cte., a partir del día quince (15) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y hasta cuando se satisfagan las anteriores condenas, por concepto de indemnización moratoria.

"Tercero: **Absuélvese** de las demás peticiones a la **Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA"**, contra ella instaurada por **Manuel José Quijano Forero.**

"Cuarto: **Absuélvese** a la Nación de todas y cada una de las pretensiones contra élla instauradas por **Manuel José Quijano Forero**, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"Quinto: **Costas** a cargo de la parte demandada".

La parte vencida apeló de esa providencia, y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** por medio de sentencia de once de diciembre de mil novecientos setenta y uno confirmó los numerales 1º, 3º y 4º y los ordinales a), b), c) y d) del numeral 2º de la parte resolutiva del fallo del a-quo, revocó el ordinal e) del Numeral 2º y en su lugar absolvió a la Empresa Colombiana de Aeródromos del cargo por concepto de indemnización moratoria, revocó el número 5º y redujo las costas de la parte demandada al 60%.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte demandante, concedido éste y admitido aquí por la Sala fue presentada la demanda en tiempo oportuno, sin réplica de la opositora. En consecuencia se procede a decidir.

La demanda

El recurrente señala el alcance de la impugnación así:

"Que la H. Corte Suprema de Justicia **Sala Laboral**, case la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 11 de diciembre de 1971 folios 124 y 138, la invalide parcialmente, en cuanto absolvió a la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA" de la indemnización moratoria y como Tribunal de instancia acoja la sentencia del Juzgado 6º Laboral, acogiéndola en su totalidad y condenando a la entidad demandada, incluyendo, la indemnización, en cuantía de $ 37,66 diarios, a partir del 15 de octubre de 1964, y hasta cuando se satisfagan las condenas por salarios insolutos, cesantía, prima de Navidad y lucro cesante".

Es decir, que con ese alcance el casacionista persigue la quiebra del fallo recurrido solamente en cuanto atañe a la indemnización moratoria, toda vez que impetra que se acoja la totalidad del fallo de primer grado, el cual fue confirmado por el **ad-quem** en todo, menos exactamente en esa indemnización por mora.

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta los siguientes cargos:

Primer cargo

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción directa violando los artículos 24, de la Ley 83 de 1931, Art. 1º de la Ley 6ª de 1945; Art. 4º, 26, numeral 3º del Decreto 2127 de 1945; Arts. 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, Arts. 1º y 6º del Decreto 1160 de 1947, y Art. 17 letra a) de la Ley 6ª de 1945, Art. 11 de la Ley 6ª de 1945, Arts. 2º y 3º de la Ley 64 de 1946, Arts. 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1955, Arts. 1º y 2º de la Ley 54 de 1960, y su Decreto reglamentario 2964 de 1960; Arts. 52 del Decreto 2127 y 1º del Decreto 797 de 1949".

Alude el censor a los derechos que tales disposiciones tutelan y concreta el cargo en los apartes que en seguida se transcriben:

"En el caso de autos, la sentencia de segunda instancia, da como probados estos hechos.

"1º. Que entre mi poderdante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo.

"2º. Que dicho contrato de trabajo tuvo una vigencia desde el 14 de mayo de 1963 hasta el día 18 de julio de 1964, con un salario de $ 1.130.oo mensuales. Y que dicho contrato fue terminado unilateralmente por

la entidad demandada, a partir del 18 de julio de 1964.

"3º. Que durante la vigencia y terminación de dicho contrato de trabajo se causaron los derechos laborales de salarios insolutos en cuantía de $ 677,88 M/cte.; cesantía en cuantía de $ 1.146,42; prima de Navidad $ 313,oo y lucro cesante e indemnización por despido en cuantía $ 4.368,66. (sic).

"No obstante lo cual, el H. Tribunal revoca el ordinal e) del numeral 2º 'y en su lugar absuelve a la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA" de la indemnización moratoria'.

"El decreto 797 de 1949, preceptúa:

"Parágrafo 2º. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores en los casos en que existían tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se consideran suspendidos hasta por el término de noventa (90) días a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivas deberán afectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador'.

"El referido artículo, en síntesis, prevee como requisitos para la indemnización moratoria los siguientes:

"a) La existencia de un contrato de trabajo entre la entidad oficial y su servidor.

"b) Que el contrato de trabajo se haya terminado por despido o retiro del trabajador oficial.

"c) Que a su terminación existan deudas insolutas bien salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones; y

"d) Que vencido el término de gracia de 90 días no se haya cancelado o consignado al trabajador retirado la totalidad de sus acreencias laborales.

"Cumplidos estos requisitos mínimos, forzosa será la aplicación de la indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949. Lo contrario determina su violación ostensible".

Y más adelante afirma:

"En el caso de autos, el H. Tribunal tenía que darle aplicación al Decreto 797 de 1949, puesto que como el mismo Tribunal lo reconoce, habíanse cumplido los requisitos previstos en la norma, cuales eran existencia del contrato de trabajo, existencia de acreencias laborales y su no pago dentro del término de gracia de 90 días.

"Sin embargo de lo cual el H. Tribunal violó dicha norma, al no aplicarla, siendo el caso de aplicarla".

Se estudia el cargo

Plantea pues el casacionista este cargo por la vía directa, con fundamento en la infracción que señala como cometida por el ad-quem, al no aplicar la norma que se acaba de citar, con las consecuencias de revocatoria de la condena que había pronunciado el a-quo, sobre indemnización moratoria.

Empero, el fallador de segundo grado al estudiar lo referente a indemnización por mora, respalda sus argumentaciones con la cita de una jurisprudencia de la Corte, que en su parte pertinente dice:

"'(...) De esta manera, la no aplicación del artículo primero del Decreto 797 de 1949 sobre sanción moratoria, no se basó en un simple desconocimiento de esta norma, como lo cree el impugnador, sino en las consecuencias que dedujo de una situación de hecho que encontró probada y que le produjo la convicción que expresó en la premisa menor, para llegar a la conclusión de que no había lugar a sanción moratoria' ".

Y luego explica el Tribunal:

"En el caso sub-judice, considera la Sala, se dan las mismas situaciones de facto, como también las jurídicas, que se contemplan en el negocio que motivó los pronunciamientos de este Tribunal y su ratificación por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, cuyas transcripciones acaban de hacerse, en relación con los determinantes en la apreciación de la buena fe".

De forma que, el sentenciador de segundo grado no ignora la norma que considera violada el censor, ni le desconoce su validez, al contrario, la invoca al citar la jurisprudencia de la Corte y explicar subsiguientemente que las consideraciones de facto fueron determinantes en la apreciación de la buena fe.

Es decir que, aplica la norma en sentido negativo para las aspiraciones del actor, lo cual no significa que no se haya aplicado en absoluto.

Por otra parte, como lo anota el ad-quem, en este caso de estudio tuvo en cuenta circunstancias de hecho que expone en el cuerpo de la sentencia, atinentes a las pruebas de donde dedujo ese convencimiento de la buena fe con el resultado absolutorio de la indemnización por mora.

Estos soportes del fallo, excluyen la infracción directa a que se refiere el casacionista, por lo que desde luego este cargo no puede prosperar.

"Segundo cargo

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción directa por errónea interpretación, violando los Arts. 24 de la Ley 83 de 1931, Art. 1º de la Ley 6ª de 1945; Art. 4º, 26 numeral 3º del Decreto 2127 de 1945, Art. 1º y 2º de la Ley 65 de 1945, Art. 1º y 6º del Decreto 1160 de 1947, y Art. 17 letra a) de la Ley 6ª de 1945, Art. 11 de la Ley 6ª de 1945, Art. 2º y 3º de la Ley 64 de 1946, Arts. 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, Arts. 1º y 2º de la Ley 54 de 1960 y su Decreto reglamentario 2964 de 1960, Art. 52 del Decreto 2127 y 1º del Decreto 797 de 1949.

Explica el censor la relación de las disposiciones en cita con los derechos por ellas protegidos, y transcribe el siguiente paso de una jurisprudencia de la Corte.

"Ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, en fallo de 18 de diciembre de 1963, en el juicio de Policarpo Medina contra Casa de las Pinturas, Magistrado Ponente Dr. José Joaquín Rodríguez (q.e.p.d.) lo siguiente: 'Si la dilación en el pago de las prestaciones sociales, es extremo probado, en el proceso, a pesar de lo cual la sentencia absuelve a la sociedad de la indemnización por mora, la cuestión ya no es de hecho sino de naturaleza jurídica. Situada en ese campo, el ataque contra el fallo del ad-quem no es viable por violación indirecta de norma, sino por infracción directa, ocasionada por su errónea interpretación, pues para abstenerse de aplicarla estimó que las conversaciones amistosas purgaban la mora y constituían motivo suficiente para exonerar al patrono de la sanción establecida en el Art. 65. El ordenamiento legal subordina su aplicación a la circunstancia que se deja anotada, pues cuando no se produce acuerdo acerca del valor de las obligaciones, el medio de impedir la sanción es el de efectuar la consignación de lo que el patrono confiesa deber. Deja ver la anterior observación que la censura contra la decisión no es pertinente hacerla a través de violación indirecta del precepto' ".

Y el recurrente arguye:

"Como la filosofía del Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es la misma del Decreto 797 de 1949, Art. 1º, parágrafo 2º, en cuanto que ambas disposiciones legales tienen como finalidad primordial, que tanto el patrono oficial como el particular satisfagan a su acreedor, esto es, a su trabajador, después de su retiro definitivo, la totalidad de las acreencias laborales causadas y no pagadas durante la vigencia y terminación del contrato de trabajo, hasta el punto de que ambos ordenamientos legales fulminan al patrono renuente, al pago de las deudas insolutas, con la sanción de una indemnización consistente en un salario diario durante todo el término de la mora, se puede colegir que la sentencia del juzgador de 2ª instancia materia del recurso, incurrió en la misma errónea interpretación del Art. 1º del Decreto 797 de 1949.

"En efecto, los requisitos previstos por el Art. 1º parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, para que el patrono oficial incurra en la indemnización moratoria, respecto a su trabajador oficial, por el no pago de sus acreencias laborales, más allá de su término de gracia son los siguientes:

"a) Que entre la entidad oficial y el trabajador exista un contrato de trabajo.

"b) Que el contrato de trabajo se haya terminado por despido o retiro del trabajador.

"c) Que a su terminación existan salarios prestaciones sociales e indemnizaciones insolutas; y

"d) Que vencido el término de gracia de 90 días, el patrono oficial, no haya cancelado a su trabajador la totalidad de lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones".

Transcribe la censura el Art. 11 del Decreto 797 de 1949 y agrega:

"Para la sentencia recurrida es un hecho que la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA" adeuda a mi poderdante, por concepto de salarios, la suma de $ 677,88, por cesantía la suma de $ 1.146,42; por prima de Navidad $ 313,oo y por lucro cesante la suma de $ 4.368,56 y que tales derechos se causaron por la vigencia del contrato de trabajo que existió desde el 14 de mayo de 1963, hasta el 18 de julio de 1964 y una remuneración de $ 1.130.oo mensuales".

Puntualiza que la consecuencia lógica era condenar al pago de la indemnización moratoria puesto que la parte patronal no pagó lo debido dentro del término de gracia de noventa días, y afirma:

"Mas el H. Tribunal cayó en la errónea interpretación del Art. 1º del Decreto 797 cuando a pesar de cumplirse los requisitos previstos en la misma, ha mantenido la dilación en la no satisfacción de tales acreencias laborales, al absolver a la entidad demandada de la indemnización moratoria, dando como razón una causa que no podía enervar la indemnización moratoria, puesto que ésta es la consecuencia obligada de que se dilate más allá del término previsto, el pago de una acreencia laboral, o de varias acreencias laborales, llámense salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por despido".

Transcribe luego algunos apartes de la sentencia del Tribunal que glosa de equivocada en sus conceptos y hace un largo análisis de tal providencia para asentar nuevamente su planteamiento del error cometido por el ad-quem al no condenar a la expresada indemnización moratoria.

Se estudia el cargo:

En este caso como se ha visto, propone el casacionista la acusación por error en la interpretación de la norma que se ha citado ya y trae para ello una jurisprudencia de la Corte cuyo aparte queda transcrito atrás.

Es decir que escogió el camino de la violación directa por interpretación errónea, para lo cual se requeriría que el sentenciador de segundo grado hubiera dado al precepto legal una interpretación que no correspondiera a su verdadero espíritu, porque como lo ha dicho la Corte reiteradamente siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo. "La interpretación errónea de una disposición legal sólo tiene lugar cuando el fallador de instancia ha hecho una equivocada apreciación de la norma considerada en sí misma, con prescindencia de la cuestión de hecho que se trata de regular".

Empero en el evento de estudio el ad-quem para interpretar la norma y concluir que no era el caso de aplicarla positivamente en conformidad con los pedimentos del demandante, no la consideró aisladamente en sí misma, sino que, precisamente tuvo en cuenta las circunstancias de hecho del proceso de cuyas probaciones dedujo la buena fe patronal atendidas esas causas exculpativas de la sanción moratoria.

De donde no aparece la violación directa por interpretación errónea señalada por el censor.

Antes bien, esas estimaciones probatorias que condujeron al fallador a la conclusión a que llegó en su sentencia de segundo grado, señalan al recurrente el camino de la vía indirecta para la formulación del cargo y no la directa.

Este cargo por tanto no prospera.

"Tercer cargo

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta, por error de hecho, violando los Arts. 24 de la Ley 83 de 1931, Art. 1º de la Ley 6ª de 1945, Art. 4º, 26 numeral 3º del Decreto 2127 de 1945, Art. 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, Art. 1º y 6º del Decreto 1160 de 1947, y Art. 17 letra a) de la Ley 6ª de 1945, Art. 11 de la Ley 6ª de 1945, Art. 1º y 2º de la Ley 64 de 1960, y su Decreto reglamentario 2964 de 1960, Art. 52 del Decreto 2127 de 1945, y 1º del Decreto 797 de 1949.

"Ratifico el contenido legal de las normas enunciadas, en cuanto ellas establecen

la existencia del contrato de trabajo entre la entidad oficial y su respectivo servidor, en los términos del Art. 4º del Decreto 2127; de la oportunidad en que el patrono debe satisfacer los salarios o remuneración en lugar, tiempo y cuantía convenidos, de las prestaciones sociales oficiales, tales, como cesantía y prima de Navidad, nacidas por la duración del contrato de trabajo; las indemnizaciones a que da lugar la ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo y la indemnización por mora, cuando los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, causados durante la vigencia del contrato de trabajo se dilatan más allá del término de gracia de los 90 días según los términos del parágrafo 2º del Art. 1º del Decreto 797.

"El error de hecho, ha tenido lugar porque el H. Tribunal ha apreciado mal las pruebas de los folios 8 a 17, o sea la demanda gubernativa presentada ante el gerente de la Caja Nacional y la demanda gubernativa presentada ante el Gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos "Eca", de fecha enero 19 de 1967 y febrero 17 de 1967, respectivamente, la de los folios, 18 a 22, 30, a 34, folios 58 a 59, folios 63 a 64, 65 a 74 folio 78, en cuanto la mala apreciación de estas pruebas hace que el H. Tribunal, dé por demostrado no estándolo que la entidad demandada Empresa Colombiana de Aeródromos, obró de buena fe, al no pagar dentro del término de gracia de 90 días, consagrados por el Decreto 797 de 1949, las acreencias laborales tales como salarios insolutos, cesantía, prima de Navidad, e indemnización por lucro cesante, y por ende, absolvió a la misma entidad, de la indemnización por mora, violando así, el Art. 1º, del Decreto 797 de 1949, dejando sin efectos, el hecho de que la entidad demandada no ha pagado las referidas acreencias laborales.

Transcribe el casacionista un paso de la providencia reclamada y continúa:

"Es tal la voluntad manifiesta del H. Tribunal de no aplicar la ley, y especialmente el Decreto 797 de 1949, que llega a encontrar argumentaciones tan fútiles, y fáciles de destruir, con la simple atenta lectura del expediente.

"En efecto a folios 8º a 9º del expediente aparece la copia del memorial que como apoderado de José Manuel Quijano Forero dirigí y presenté ante el señor Gerente de la Caja Nacional de Previsión y en la cual le reclamo cesantía e indemnización por no pago de Manuel José Quijano Forero, puntualizando en forma precisa tal prestación e indemnización, los hechos de la demanda gubernativa, las pruebas, el derecho, la vecindad y residencia de mi poderdante, y la del suscrito como su apoderado. Y en el folio 8 en la parte superior hacia el lado derecho aparecen dos sellos y dos firmas que dicen: 'Caja Nacional de Previsión fecha 19 Ene. 1967 —Radicación Nº 125 Of. 116— Caja Nacional de Previsión —Recibo de Correspondencia— Firma ilegible-radicación y registro.

"Luego esta prueba no podía ser destruida por el oficio Nº 01248 de folio 78, de febrero 3 de 1969, ya que, la del folio 8 y 9 nos dice en términos perentorios sin lugar a dudas que el suscrito en su calidad de apoderado reclamó por su poderdante la cesantía y la indemnización por no pago.

"Mas aceptando en gracia de discusión que esta prueba no existiera, y que fuera cierto el documento de folio 78, tampoco podría ser ello prueba de buena fe, por cuanto que ésta no era el único derecho causado durante la vigencia y terminación del contrato de trabajo, sino que como lo dice la sentencia de primera instancia y segunda instancia había otros derechos, tales como salarios insolutos, y prima de Navidad, que no podían correr a cargo de la entidad delegada para el pago, sino que son a cargo exclusivo, de la Empresa Colombiana de Aeródromos, 'Eca', y que, el no haber sido satisfechos en el término de gracia de 90 días, le acarrearían, la sanción indemnizatoria por mora, durante el término en que permanezcan insolutas dichas acreencias.

"Lo que se dice de los salarios insolutos y de la prima de Navidad, es válido también con respecto a la acreencia laboral de lucro cesante o indemnización por despido.

"Luego en presencia de tales acreencias laborales, puede alegarse válidamente, que el hecho de que no se hubiera reclamado ante la Caja Nacional de Previsión la ce-

santía, exoneraba a la Empresa Colombiana de Aeródromos 'Eca', de la indemnización moratoria por el no pago de tales acreencias laborales?

"Pero es más, el H. Tribunal y así lo dice el Juzgador de 1ª instancia en los folios 35: 'Dése por no contestada la demanda en cuanto hace relación con la Empresa Colombiana de Aeródromos'. Y a folios 58 y 59, el juzgador de instancia afirma: 'A favor de la parte demandada —Eca—, no se decretan pruebas por cuanto ésta no dio contestación a la demanda, y el H. Tribunal en su sentencia dice: 'Por otra parte el instituto demandado y sólo en esta segunda instancia ha alegado, que la justicia laboral carece de competencia para conocer del negocio por cuanto que las partes estuvieron vinculadas por una relación de servicio público, que le daba al actor la categoría de empleado público, y no por un contrato de trabajo para calificárselo, como se le calificó por el a-quo como trabajador oficial'.

"Es decir, si la Empresa Colombiana de Aeródromos 'Eca' no contestó la demanda, no presentó ningún elemento probatorio, mediante qué elemento probatorio o cuál fue el elemento fáctico, suministrado por la entidad demandada que sirvió de base al Tribunal para justificar que entre mi poderdante y ella no existió contrato de trabajo, que no le debía suma alguna por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, que su despido obedeció a causas justas, o que los salarios, las prestaciones sociales adecuadas y la indemnización por despido, no se le han pagado con posterioridad al 15 de octubre de 1964, o con posterioridad a los fallos de 1ª y 2ª instancias, por causas de fuerza mayor, o por causas superiores que han impedido la medida de prudencia de satisfacer tales deudas laborales.

"Ninguna prueba aportó la entidad demandada para llevar al juzgador un razonamiento, que pusiera en duda loablemente, ni la existencia del contrato, ni la existencia de las acreencias laborales, ni alguna diligencia, o motivo, para no satisfacer tales acreencias laborales dentro del término legal".

Repite el censor seguidamente la crítica de la sentencia e indica que se procedió con ausencia de prueba por parte de la demandada, para exonerarla del pago de la sanción por mora, no obstante haberla condenado a pagar salarios insolutos, cesantía, prima de Navidad y lucro cesante.

Insiste en la existencia del contrato de trabajo no desvirtuado por la parte demandada, y agrega que comoquiera que el Tribunal hizo las condenas antecitadas, y que como esos derechos no han sido cancelados no hay prueba que justifique el no haber dado cumplimiento al Decreto 797 de 1949 dentro del término de gracia de los 90 días.

Se estudia el cargo:

Como lo señala el impugnante, a folios 8 y 9 del expediente aparece la copia del escrito dirigido por el doctor Omar Arturo Ortiz, apoderado del señor José Manuel Quijano Forero, por el cual pidió el reconocimiento de cesantía a la Caja Nacional de Previsión Social, correspondiente al tiempo en que este último prestó sus servicios a la Empresa Colombiana de Aeródromos Eca e indemnización por mora en el pago a razón de un salario diario en los términos del Decreto 797 de 1949.

Pero es evidente que, esa solicitud no fue acompañada con las documentaciones necesarias que acreditaran ante la Caja Nacional de Previsión Social, la vinculación laboral del trabajador con la Empresa Colombiana de Aeródromos, tiempo servido y salario devengado, para que esa entidad delegataria pudiera proceder al reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones a su cargo.

Es bien sabido por cierto que, el reglamento de la Caja Nacional de Previsión exige que el peticionario de prestaciones debe acompañar la prueba en que funde su derecho.

Esa copia a que alude el casacionista demuestra por sí misma que éste presentó su petición a la Caja desnuda de todo respaldo probatorio, por cuanto en el capítulo intitulado Pruebas, solicita de la Caja de Previsión que esta entidad libre despacho a la División de Personal de la Empresa Colombiana de Aeródromos para que se le expidan los documentos o certificaciones

que allí enumera, tendientes a demostrar su condición de ex-empleado de esa empresa, tiempo servido y emolumentos percibidos.

Es decir que, el memorialista pretendió que la Caja Nacional de Previsión hiciera las gestiones conducentes a obtenerle los documentos necesarios para esas demostraciones indispensables, que precisamente él ha debido acompañar a su memorial para hacer viable su mencionada solicitud, toda vez que sin esas pruebas la entidad no podía dar curso a las pretensiones del peticionario, pues el pedimento en esas condiciones no produce ningún efecto.

Si pues, al folio 78 aparece una certificación expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, en donde se dice que el señor José Manuel Quijano Forero no ha reclamado cesantía parcial ni definitiva a la Caja, ello obedece seguramente a la falta anotada, habida cuenta de la inutilidad de una petición de tal naturaleza sin el debido respaldo probatorio.

Sobre este particular se ha dicho reiteradamente por esta Sala de la Corte, que: la Caja Nacional de Previsión Social "...no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las prestaciones a que está obligada, sino que lo efectúa en cada caso por petición del respectivo interesado, quien debe acompañar además las comprobaciones necesarias para demostrar los derechos que tiene a la prestación que solicita.

"En estas condiciones, si aquél es negligente en pedir el reconocimiento y pago de lo que se le debe, no puede tomarse como demora injustificada de la administración pública el lapso comprendido entre la fecha de retiro del empleado o trabajador oficial y aquélla en que hizo la solicitud acompañando los comprobantes del caso a la Caja Nacional de Previsión para que se le reconociera y pagara la correspondiente prestación".

De manera que, en el caso sub-judice no aparece por cuanto corresponde a esa apreciación de las pruebas indicadas, el error de hecho que señala la censura.

Y, en lo atinente a la ubicación de la parte demandada frente a las pretensiones del demandante contenidas en su libelo demandatorio es cierto que aquélla no contestó la demanda, empero en la segunda instancia dentro de la audiencia de trámite verificada el tres de junio de mil novecientos sesenta y nueve, la parte demandada por medio de su apoderado hizo referencia al Decreto 508 de 1949, que el Tribunal en ese acto recogió así:

"Concedida la palabra al doctor Manuel José Laserna, apoderado de la parte demandada, en uso de ella solicitó en forma comedida la revocatoria para que en su lugar se absuelva de los pedimentos del libelo demandatorio. El doctor Laserna formuló su alegación en forma oral haciendo especial hincapié en la naturaleza jurídica del Decreto 508 de 1959 para concluir en la inexistencia del contrato de trabajo en el presente caso. El doctor Laserna presentó un resumen escrito de su argumentaciones que la Sala ordenó anexar a los autos".

Esta manifestación de la demandada fue tenida en cuenta por el Tribunal para exonerarla del pago de la indemnización moratoria, y por ello en su sentencia dice:

"En el caso sub-judice, considera la Sala, se dan las mismas situaciones de facto, como también las jurídicas, que se contemplan en el negocio que motivó los pronunciamientos de este Tribunal y su ratificación por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, cuyas transcripciones acaban de hacerse".

En la jurisprudencia en cita: Ordinario de Virgilio Torres Sáenz contra la Empresa Colombiana de Aeródromos, hace la Corte un estudio pormenorizado de situación similar a la presente, y en uno de los pasos de esa sentencia se dice:

"En el caso de autos obra un claro fundamento para estimar que la parte demandada al no reconocer la indemnización por lucro cesante obró dentro de una sana creencia de que no debía reconocer al actor tal suma de dinero. Su estimación de que el vínculo no era laboral, si bien errada, se apoyaba nada menos que en un ordenamiento ejecutivo, el Decreto 508 de 1959. Si

el propio Gobierno Nacional había preceptuado que los trabajadores de la Empresa Colombiana de Aeródromos no se hallaban vinculados a la administración por un contrato laboral, es fácil inferir que la institución demandada resolviera adoptar igual concepción y proceder en consecuencia".

Fue pues ese equivocado concepto fundamentado en el aludido decreto lo que motivó la conducta de la empresa, y lo que la llevó seguramente a no hacer los reconocimientos y pago de las prestaciones que fueron ordenadas por el Juzgado y confirmadas por el ad-quem, pero que en todo caso sí sirve a la demandada para exonerarla del pago de la indemnización moratoria porque su conducta no está reñida por ello con la buena fe.

De lo dicho y por los aspectos que se han examinado, planteados por el censor, no aparece de manera evidente el error en la apreciación de tales pruebas y como consecuencia el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once de diciembre de mil novecientos setenta y uno, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No se causaron costas en el recurso.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, Adán Arriaga Andrade, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EL PAGO

El artículo 882 del Código de Comercio, dice: La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

En demanda repartida al Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá, **Esteban Cleves Rojas** solicitó que **Industria Colombiana de Hormas Ltda. y Esteban Lizcano S., María Elena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez vda. de Anzola** fuesen condenados solidariamente a pagarle auxilio de cesantía por todo el tiempo servido a lo sociedad demandada, saldo pendiente de la prima de servicios por el segundo semestre de 1963, salarios insolutos por el lapso del 1º de noviembre al 16 de diciembre del mismo año, lucro cesante e indemnización moratoria.

Como fundamento de estas pretensiones sostuvo que sirvió a la demandada en calidad de Gerente, desde el 12 de abril de 1956 hasta el 17 de diciembre de 1963, con salario a esta fecha de $ 2.120.oo y que fue retirado "cuando no se había vencido el plazo presuntivo del contrato de trabajo"; que "el 25 de noviembre de 1963, sin que se hubiesen llenado los requisitos legales, la empresa demandada liquidó y pagó parcialmente el auxilio de cesantía al demandante" y que tanto éste como los salarios del lapso comprendido entre el 1º de noviembre de 1963 y el 17 de diciembre del mismo año y el excedente de la prima de servicios, "fueron abonados a una cuenta corriente de carácter mercantil, por la Empresa, sin estar autorizada, cuenta ésta que no tenía relación alguna con el contrato de trabajo".

La sociedad, al responder la demanda, admitió como ciertos los hechos relacionados con el cargo y el tiempo de servicio del actor; pero en cuanto al retiro de éste, afirmó que "se produjo el día 25 de noviembre de 1963, tanto como Gerente como socio de ella, en razón de haber hecho cesión de sus derechos como socio de Industria Colombiana de Hormas Ltda. a los señores Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano", conforme a escritura que cita, y que con posterioridad a la fecha precitada concurrió, ocasionalmente, a la empresa con el objeto de hacer entrega de la Gerencia al nuevo Gerente, Fernando Sánchez Anzola, mediante inventario riguroso. Agrega, que el retiro del demandante fue voluntario, pues "hubo una terminación del contrato de trabajo verbal por mutuo acuerdo de las partes". Por lo que hace a la liquidación de prestaciones sociales no acepta lo afirmado en la demanda y sostiene que en la fecha en que terminó el contrato se efectuó liquidación definitiva del auxilio de cesantía y que las prestaciones se le pagaron, según finiquito que el demandante expidió, con cheque Nº A-001367 del Banco Francés e Italiano "por la suma de $ 17.077.78", cheque que "endosó a la firma Lizcano Hermanos Ltda., en pago de algunos compromisos adquiridos entre ellos".

Terminado el juicio, el juez del conocimiento dictó sentencia el 12 de noviembre

de 1970, mediante la cual absolvió a los demandados "de todas y cada una de las súplicas de la demanda"; pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver del recurso de alzada interpuesto por el actor, el 9 de octubre de 1971, proveyó de esta manera:

"1º. Revócase en todas sus partes la Sentencia apelada, y, en su lugar se dispone: Condénase a la Sociedad denominada "Industria Colombiana de Hormas Limitada", representada por su Gerente señor Fernando Sánchez Anzola, o por quien haga sus veces, a pagar al actor Alfonso Cleves Rojas, lo siguiente:

"a) Diez y seis mil doscientos veintitrés pesos con ochenta y nueve centavos ($ 16.223.89) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

"b) Ochocientos cincuenta y tres pesos con ochenta y nueve centavos ($ 853.89) moneda corriente por prima de servicios; y,

"c) Setenta pesos con sesenta y seis centavos moneda corriente ($ 70.66) diarios, a partir del 16 de diciembre de 1963, y, hasta cuando se verifique el pago de las anteriores condenas por concepto de indemnización moratoria.

"2º. Absuélvese a la Sociedad demandada "Industria Colombiana de Hormas Limitada" de la petición de salarios insolutos.

"3º. Declárase probada la excepción de prescripción, respecto de la súplica de lucro cesante.

"4º. Declárase parcialmente probada la excepción de pago en relación con las peticiones de cesantía y prima de servicios, de conformidad con las peticiones de cesantía y prima de servicios, de conformidad con la parte motiva de esta Sentencia.

"5º. Declárase no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

"6º. Absuélvese a los demandados señores Esteban Lizcano, María Elena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez viuda de Anzola, de todas y cada una de las súplicas formuladas en la demanda instaurada por Alfonso Cleves Rojas.

"7º. Costas de la primera instancia a cargo de la Sociedad demandada, en un setenta por ciento (70%). Tásense.

"8º. Sin costas en esta alzada".

Los apoderados de ambas partes recurrieron en casación contra el fallo antedicho y formularon las demandas respectivas y las correspondientes réplicas, que procede a estudiar la Sala, empezando por la de la demandada recurrente, pues pretende su absolución total.

El alcance de la impugnación lo fija, pidiendo que la Corte "case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto a lo que se dispuso en el numeral primero de dicho fallo y a las condenaciones allí impuestas en los literales a), b) y c) por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización moratoria, en su orden, para que convertida la Honorable Sala en Tribunal de instancia, en su lugar, confirme la absolución decretada en la primera instancia por los conceptos a que se refieren los literales citados".

En busca de este fin formula un solo cargo en el que sostiene que "la sentencia acusada violó indirectamente por aplicación indebida los artículos 249, 254, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo", "como consecuencia de haber apreciado mal unas pruebas, que constituyen los fundamentos medulares del fallo acusado", pruebas que singulariza así:

"a) El certificado expedido por el Presidente y Secretario General de la Cámara de Comercio de Bogotá, visible a los folios 7 a 10 del expediente;

"b) La copia de la escritura pública número 5.034 de 26 de noviembre de 1968, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, que obra al folio 38 del expediente, según la numeración de folios hecha en el Juzgado de primera instancia;

"c) La copia de la escritura pública número 5.437 de 17 de diciembre de 1963, otorgada también en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, que obra al folio 39 del expediente, según la referida numeración de folios;

"d) El comprobante original de "liquidación de prestaciones sociales de Alfonso Cleves Rojas", debidamente firmado por éste, visible al folio 40 del expediente;

"e) La orden de pago y recibo de las sumas de dinero correspondientes a la liqui-

dación de prestaciones sociales citada en el literal inmediatamente anterior;

"f) El comprobante de reajuste por cesantía y prima de servicios correspondientes al demandante Alfonso Cleves Rojas y del abono de sueldos del mes de noviembre y primera quincena de diciembre de 1963, visible al folio 11 del expediente;

"g) La diligencia de inspección ocular, con intervención de perito, que por comisión del Juzgado del conocimiento practicó el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en las oficinas de la Sociedad demandada, cuyos comprobantes respectivos obran a folios 98 a 115 vto. del expediente; y

"h) La información suministrada por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, en su nota y fechada el 22 de julio de 1971, que obra al folio 167 del expediente, en relación con la inspección ocular citada en el literal anterior".

Trae luego un extenso alegato que intitula: "La demostración del error de hecho" en que analiza las pruebas anteriores y que, con la réplica del opositor, y la sentencia impugnada, pasa a considerar la Sala:

Tres fueron las condenas impuestas por el Tribunal, es a saber: a) Pago de $ 16.223.89 por concepto de auxilio de cesantía; b) Pago de $ 853.89 por el de prima de servicios, y c) Pago de $ 70.66 diarios por el de indemnización moratoria", "a partir del 16 de noviembre de 1963 y hasta que se verifique el pago de las anteriores condenas".

Para proferir la primera dijo el ad-quem:

"**Cesantía.** Solicita el demandante el pago del auxilio de cesantía por todo el tiempo servido a la Sociedad **Industria Colombiana de Hormas Limitada.**

"Habiéndose terminado que el trabajador prestó sus servicios del 1º de abril de 1956 hasta el 15 de diciembre de 1963, con un último salario mensual de $ 2.120.oo, debe examinarse previamente el pago que la Empresa afirma realizó el 25 de noviembre de 1963 por la cantidad de $ 17.077.78 (folios 40 y 41).

"El apoderado de la parte demandada en la contestación al libelo, en especial al responder al hecho 8º, manifiesta que a Cleves Rojas se le cubrieron sus prestaciones sociales a la terminación del contrato, mediante cheque Nº A-001367 girado a su favor y contra el Banco Francés e Italiano, —Sucursal Las Granjas— de esta ciudad de Bogotá; que Cleves lo endosó a la firma "**Lizcano Hermanos Limitada**" en pago de algunos compromisos adquiridos entre ellos. Que el valor del cheque le fue cubierto a la firma "**Lizcano Hermanos Limitada**", posteriormente "**como se podrá comprobar oportunamente dentro del debate probatorio**" (El subrayado es del Tribunal).

"En el dictamen pericial (folios 100 y 101), el perito señor Francisco Abadía dice que aparece en la contabilidad de la Sociedad demandada el comprobante de pago Nº 0498 de fecha 26 de noviembre de 1963, por concepto de prestaciones sociales a favor de **Alfonso Cleves Rojas,** por un valor de $ 17.077.78 que esta suma la abonó la demandada a la firma "**Lizcano Hermanos Limitada**" de Cali, por cuenta del demandante, con fecha 31 de diciembre de 1963, según comprobantes de contabilidad que anexa al experticio (folios 102 y 103).

"En la ampliación del mismo (folios 111 y 112), el perito manifiesta que fuera del comprobante que agregó al dictamen original, no aparece ninguno otro documento contable que establezca si efectivamente el trabajador recibió el valor que por prestaciones sociales le fueron liquidadas de conformidad con los comprobantes Nº 0498 de noviembre de 1963 y Nº 0115 de diciembre de 1963 (folios 102 y 103 respectivamente).

"En relación con los libros y documentos de contabilidad, debe hacerse hincapié en el sentido de que éstos sólo hacen fe entre comerciantes en causas mercantiles. En los litigios de trabajo, en que las partes o una de ellas no son comerciantes, puede apreciarse bajo el sistema de la libre formación del convencimiento como lo establece el artículo 61 del C. de P. L.

"Pero aún hay más, con la certificación expedida a solicitud de esta Sala, por el Banco Francés e Italiano, para la América del Sud, de 12 de julio de 1971, después de ocho años de haberse girado contra esa entidad bancaria, el cheque Nº A-001367 de 26 de noviembre de 1963 (que según la em-

presa demandada fue endosado y cobrado por "Lizcano Hermanos Limitada", no aparece que haya sido pagado dicho cheque hasta la fecha de la constancia, lo que desvirtúa la afirmación de la demandada de que fue cobrado por la firma últimamente mencionada.

"Por otra parte, debe anotarse que el artículo 254 del C. S. del T., prohibe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo los casos expresamente autorizados, y si los efectuaran perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.

"Entonces, el pago realmente no se verificó, ni mucho menos el demandante recibió esa suma, como erróneamente lo entendió el a-quo, y si se hubiera efectuado, caería bajo la sanción de que trata el mencionado artículo 254 del estatuto sustantivo laboral.

"Como el demandante trabajó bajo las órdenes de la Empresa demandada por un lapso de 7 años, 8 meses y 15 días, a razón de un salario mensual de $ 2.120.oo, le corresponde un auxilio de cesantía de $ 16.341.66, pero como aparece en el dictamen pericial y en los documentos a ella anexados por el perito, que se le abonó a la cuenta corriente del trabajador en el período comprendido entre el 26 de noviembre y el 15 de diciembre de 1963, la suma de $ 117.77, por este concepto, debe descontarse esa cantidad del monto debido, prosperando como más adelante se hará constar la excepción de pago parcial. En consecuencia, se revoca la absolución decretada por el Juzgado y en su lugar se condena a la Sociedad demandada a pagar la suma de $ 16.223.89, por auxilio de cesantía".

Dos son, pues, los fundamentos en que apoya el Tribunal esta condenación: 1º. Que "el pago realmente no se verificó, ni mucho menos el demandante recibió esa suma, como erróneamente lo entendió el a-quo"; 2º. Y "si se hubiere efectuado, caería bajo la sanción de que trata el mencionado artículo 254 del estatuto sustantivo laboral", pues el Tribunal consideró que el contrato de trabajo con el actor no terminó el 25 de noviembre de 1963, fecha en que se le liquidaron las prestaciones sociales, resultando así una liquidación ilegal del auxilio de cesantía, que pierde el patrono, según la norma citada".

Respecto del primer fundamento asevera el casacionista:

"En el orden de ideas que se deja expuesto, quedaría aparentemente en pie la información que oficiosamente le solicitó el juzgador ad-quem al Banco Francés e Italiano para la América del Sud Agencia Las Granjas, Calle 13 Nº 66-20, en la audiencia que para tal fin efectuó el 25 de mayo de 1971, en orden a que dicho Banco certificara 'si el cheque Nº A-001367 del 26 de noviembre de 1963 girado por la firma 'Industria Colombiana de Hormas Limitada' a favor de Alfonso Cleves Rojas fue cobrado, en qué fecha, si fue endosado, y en caso afirmativo quién cobró dicho cheque' (Fls. 158 y 159), puesto que el fallador de segunda instancia fundamentó también en la dicha información su sentencia acusada.

"

"Sobre la citada información observa la parte demandada que esa prueba, en manera alguna, constituye soporte fundamental de la sentencia acusada, ni sirve para enervar lo que está plenamente demostrado, en el juicio sobre el particular referido, por las siguientes razones:

"1ª. Porque el mismo demandante acepta en su libelo de demanda la efectividad del supradicho cheque, pues lo que discute es la legalidad de la liquidación y pago de las prestaciones sociales que la Sociedad demandada le hizo al demandante el 26 de noviembre de 1963, mediante el mencionado cheque.

"En el hecho sexto de la demanda se dice lo siguiente al respecto: 'El 26 de noviembre de 1963, sin que se hubiesen llenado los requisitos legales, la Empresa demandada liquidó y pagó parcialmente el auxilio de cesantía al demandante'.

"2ª. Porque si lo anterior no se considerare suficiente, resulta que en la contestación de la demanda se dieron las siguientes explicaciones al respecto: 'El dinero recibido en cheque Nº A-001367 girado a su favor (del demandante) y contra el Banco Francés e Italiano —Sucursal Las Granjas— de esta ciudad de Bogotá, por la suma de $

17.077.78, lo endosó a la firma "Lizcano Hermanos Limitada", en pago de algunos compromisos adquiridos entre éllos. El valor del cheque le fue cubierto a la firma 'Lizcano Hermanos Limitada' posteriormente, como se podrá comprobar oportunamente durante el término probatorio'. Respuesta al hecho 8º de la demanda).

"Y está plenamente demostrado en el juicio que la cancelación del referido cheque a la firma 'Lizcano Hermanos Limitada' se efectuó mediante la operación contable a que se refirió el perito Francisco H. Abadía en el literal b) de su primer dictamen pericial (fls. 100 a 102), lo que ignoró el juzgador de segundo grado, en su sentencia acusada".

Los autores y la jurisprudencia enseñan que existe error de hecho manifiesto o evidente cuando el sentenciador ha deducido de un medio probatorio lo que en realidad no contiene o cuando no ha encontrado en él lo que claramente expresa y en el asunto **sub-judice** es ostensible que el Tribunal incurrió en ambas formas de error, como pasa a mostrarse:

De un lado, aparece al folio 41 del expediente el comprobante número 0498, que contiene la orden de pago a favor de Alfonso Cleves Rojas de la suma de $ 17.077.78, correspondiente a auxilio de cesantía y prima de servicios por el segundo semestre de 1963, cubierto con cheque A-001367 contra el Banco Francés e Italiano —Las Granjas— el 26 de noviembre de 1963, comprobante a cuyo pie se lee: "**Recibo.** Recibí de Industria Colombiana de Hormas Ltda., la suma arriba anotada (fdo.) Alfonso Cleves R.". Este documento obró en el juicio sin que el demandante lo hubiese desconocido o tachado por modo alguno y él expresa con claridad que le fue pagada la suma dicha por los conceptos indicados con el cheque citado en el mismo.

De otro, la aseveración que hace el Banco Francés e Italiano de que el cheque antedicho "no ha sido pagado", no conlleva, por sí misma, la deducción que el Tribunal saca: "El pago no se verificó, ni mucho menos el demandante recibió esa suma", pues es sabido que la entrega de un cheque, de un pagaré, de una letra de cambio (títulos valores de contenido crediticio, como los llama el nuevo Código de Comercio) por una obligación anterior, vale como pago. Otra cosa es que lleven implícita la condición resolutoria de éste, si el instrumento es rechazado o no se descarga en debida forma, evento en el cual para que el acreedor pueda hacer efectivo el pago de la obligación original, debe devolverlo o prestar caución a satisfacción del juez de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo (véase artículo 882 del Código citado).

Y en el caso a estudio, lo que consta es que al actor le fue entregado el cheque en pago de sus prestaciones y él lo recibió a satisfacción: esa entrega valió como pago. Si lo endosó a un tercero y éste no lo cobró, que es lo que parece haber ocurrido, en nada desvirtúa la validez del mencionado pago. Nótese, además, que la información del Banco Francés e Italiano no indica la causa por la cual resulta impagado el cheque y es obvio que no es lo mismo rechazar un instrumento de esta clase por falta o insuficiencia de fondos o por cuenta cancelada o inexistente o por orden de no pago o porque no fue presentado al cobro. Así, pues, desde cualquier ángulo desde el cual se mire el punto, surge manifiesto que el Tribunal hizo decir a la citada información bancaria lo que en verdad no contiene.

Conclúyese de lo dicho que en cuanto al primer fundamento de la condena incurrió el sentenciador en error de hecho que aparece de modo manifiesto. Corresponde ahora estudiar el segundo y que consiste en que la liquidación y pago del auxilio de cesantía se efectuó por la empresa en forma anticipada, o sea, antes de terminado el contrato de trabajo, razón por la cual pierde el patrono lo pagado, conforme al artículo 254 del C. S. del T.

El Tribunal asienta al respecto:

"Como existe una discrepancia notoria en relación con la fecha de terminación del contrato de trabajo, deben estudiarse las probanzas aportadas por las partes para establecer ese extremo de la relación laboral.

"Según aparece en la cuarta copia de la Escritura Pública Nº 5034 de noviembre 26

de 1963, de la Notaría Tercera de Bogotá, la Sociedad denominada 'Alfonso Cleves y Compañía Limitada', representada por su Gerente Alfonso Cleves Rojas, cedió a favor de María Elena Galindo de Lizcano y de Esteban Lizcano, el interés social que 'Alfonso Cleves & Compañía Limitada', tenía en la Sociedad 'Industria Colombiana de Hormas Limitada', pero a pesar de que la copia de esta Escritura no tiene la constancia de la nota de registro, ni aparece relacionada en el Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 7 a 10) sí se encuentra citada en la Escritura Pública Nº 5437 de diciembre 17 de 1963, de la misma Notaría, lo que desvirtúa enfáticamente la afirmación de la parte demandada de que Alfonso Cleves Rojas, como persona natural, cedió su interés social, siendo que en el Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, figura que por Escritura Pública Nº 1651 de 23 de mayo de 1956 de la Notaría Tercera de Bogotá, se constituyó la Sociedad hoy demandada, apareciendo como socios fundadores la firma 'Alfonso Cleves & Compañía Limitada', Luciano Salvino e Inés Jiménez viuda de Anzola, y sin que en el ameritado certificado de la Cámara de Comercio conste que el demandante hubiera sido en alguna época socio de 'Industria Colombiana de Hormas Limitada.

"Por otra parte, tanto en la copia debidamente registrada de la Escritura Pública Nº 5437 de 17 de diciembre de 1963, de la Notaría Tercera de Bogotá, donde comparecen los únicos socios de la Empresa demandada, que a la vez son también demandados, María Helena Galindo de Lizcano y Esteban Lizcano, por conducto de apoderado e Inés Jiménez viuda de Anzola, como en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 7 a 10), aparece la constancia de: 'Que habiéndose retirado de la Gerencia de la sociedad el señor Alfonso Cleves Rojas, con fecha 26 de noviembre del corriente año, previo arreglo de sus prestaciones sociales, los socios de común acuerdo designan para desempeñar el cargo al señor Fernando Sánchez Anzola, con quien en esta misma fecha se ha celebrado el correspondiente contrato de trabajo, jurídicamente distinto de la sociedad...'.

"Las anteriores declaraciones de los demandados, que constan en documento público, dejan sin base la manifestación del procurador judicial de los mismos, en la contestación del libelo (folio 43), donde sostiene que la terminación del contrato de trabajo verbal fue por mutuo acuerdo de las partes, cuando lo sucedido realmente el 26 de noviembre de 1963, fue que la Sociedad 'Alfonso Cleves Rojas & Compañía Limitada' y no el actor en forma personal, cedió su interés social en 'Industria Colombiana de Hormas Limitada' en favor de los señores Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano, pero sin que conste en esos documentos que el contrato de trabajo finalizó por mutuo consentimiento.

"De la diligencia de Inspección Ocular practicada por funcionario comisionado (folios 96 a 99), como del dictamen pericial (folios 100 a 101), y su ampliación (folios 111 a 112), se establece que Alfonso Cleves Rojas como Gerente de la Empresa demandada, recibió el sueldo completo correspondiente al mes de noviembre de 1963 y el de la primera quincena del mes de diciembre del mismo año, sumas de dinero que la demandada abonó en la cuenta corriente de carácter mercantil que existió entre Cleves e 'Industria Colombiana de Hormas Limitada', tal como aparece en el punto c) del dictamen y en el tercero de la ampliación.

"De igual manera, la parte demandada hace mucho énfasis en el certificado de Paz y Salvo o finiquito que expidió Cleves Rojas a la Sociedad demandada, donde figura la liquidación de prestaciones sociales del mismo (folio 40), y la Orden de Pago por la cantidad de $ 17.077.78 a favor del demandante (folio 41), documentos que si bien no fueron rechazados ni redargüidos de falsos en el juicio, su mérito probatorio pierde todo su valor con los propios comprobantes de contabilidad que presentó la Empresa demandada en la Inspección Ocular, que a la vez, fueron base fundamental del dictamen pericial y de la respectiva ampliación, donde aparece en forma fehaciente que a Cleves Rojas se le pagaron los salarios del mes de noviembre y la primera quincena de diciembre de 1963, como también los

reajustes de prestaciones sociales hasta la última fecha antes indicada (folios 111 a 114).

"Además la parte demandada, desde la contestación del libelo, ha insistido en que con posterioridad al 25 de noviembre de 1963, **Cleves Rojas** concurrió ocasionalmente a la Empresa con el objeto de hacer entrega real y material del cargo que ocupó el nuevo Gerente señor Fernando Sánchez Anzola, mediante el sistema de inventario riguroso, pero dentro del plenario de juicio, no está demostrada esa ocasionalidad ni menos la liberalidad en pagarle salarios y prestaciones sociales por el lapso comprendido entre el 25 de noviembre y el 15 de diciembre de 1963, que plantea la demandada; por el contrario, de los comprobantes de contabilidad que muestran el movimiento de la cuenta corriente que tenía Cleves con la demandada, como de la declaración de Leopoldo Cárdenas Sanabria (folios 60 a 63), se demuestra que se le pagaron mediante ese sistema los salarios del mes de noviembre y de la primera quincena de diciembre de 1963, como el reajuste de prestaciones sociales, lo que hace presumir que hasta esa fecha laboró el demandante.

"En cuanto a la prueba de posiciones absueltas por Cleves ante el Cónsul de nuestro país en Caracas (Venezuela) está afectada de nulidad y por tanto no tiene valor legal alguno por cuanto el funcionario comisionado omitió constituirse en audiencia pública, tal como lo estatuye el artículo 42 del C. de P. L., y deja sin firmeza probatoria, la posición de la demandada de que el nuevo Gerente Sánchez Anzola hubiera comenzado a prestar sus servicios a partir del 1º de diciembre de 1963, ya que debe recordarse, que los propios socios en la Escritura Pública Nº 5437 de diciembre 17 de 1963, de la Notaría Tercera de Bogotá, afirman que Sánchez Anzola comenzó a prestar sus servicios a '**Industria Colombiana de Hormas Limitada**' a partir de la última fecha. Además, es conveniente anotar que el recibo de pago de prestaciones sociales firmado por Sánchez Anzola (folio 106), no fue reconocido por su signatario dentro del juicio, lo que le quita todo valor probatorio.

"Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que la vinculación contractual laboral entre las partes hoy en litigio, no terminó el 25 de noviembre de 1963, sino que finalizó el 15 de diciembre siguiente".

El casacionista por su parte, analiza los mismos documentos públicos para puntualizar que el sentenciador los apreció erradamente y dice:

"En tal orden de ideas a partir del 26 de noviembre de 1963 quedaron como únicos socios de '**Industria Colombiana de Hormas Limitada**', **Inés Jiménez viuda de Anzola, Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano.** En consecuencia, **Alfonso Cleves** considerado como persona natural, perdió a partir del expresado 26 de noviembre de 1963, todo su interés social tanto en la Sociedad que se denominó '**Alfonso Cleves Rojas & Compañía Limitada**' como en la Sociedad que se denomina '**Industria Colombiana de Hormas Limitada**', puesto que conforme a los actos escriturarios referidos antes, quedó excluído el nombrado **Alfonso Cleves Rojas** de las dos sociedades.

"1º) Si lo expresado en los literales anteriores es evidente, conforme a los documentos públicos allí citados, forzoso es concluir, dada su relación de causalidad necesaria, que la '**liquidación de prestaciones sociales de Alfonso Cleves Rojas**', contenida en el documento auténtico visible al folio 40, y el finiquito que libremente y sin presión alguna o dolo, expidió el demandante **Alfonso Cleves Rojas** al pie de dicha '**liquidación**', lo mismo que el pago correspondiente, a que se refiere el comprobante que obra al folio 41, obedeció al hecho indubitable de que a partir del 26 de noviembre de 1963 el nombrado **Alfonso Cleves Rojas** dejaba de desempeñar las funciones de Gerente de '**Industria Colombiana de Hormas Limitada**', cargo que desempeñaba desde la constitución de dicha Sociedad, en virtud de la designación que los socios de esa Sociedad le hicieron al efecto, como consta en la escritura social según el certificado expedido por el Presidente y Secretario General de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la parte visible a los flios. 7, 7 vto., y 8.

"Los hechos referidos en este literal y en el literal d) fueron ratificados expresamente por los socios de 'Industria Colombiana de Hormas Limitada', por medio de la escritura pública número 5.437 de 17 de diciembre de 1963, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá, visible al folio 39 del expediente, en cuyo punto cuarto se lee lo siguiente: 'Que habiéndose retirado de la Gerencia de la Sociedad el señor Alfonso Cleves Rojas, con fecha veintiséis (26) de noviembre del corriente año, previo arreglo de sus prestaciones sociales, los socios de común acuerdo designan para desempeñar el cargo al señor Fernando Sánchez Anzola, con quien en esta misma fecha se ha celebrado el correspondiente contrato de trabajo, jurídicamente distinto del de la Sociedad' ".

Se refiere luego a la carta que el demandante dirigió a la Empresa el 25 de noviembre de 1966 y que obra al folio 6 del expediente; pero como este documento no figura entre las pruebas que singularizó para fundar el error de hecho y no dice si fue apreciada por el sentenciador o si dejó de hacerlo, la Sala no puede analizarla.

En seguida se apoya en el dictamen rendido por el perito Francisco H. Abadía; pero este tipo de prueba está excluido del error de hecho en materia de casación laboral, razón por la cual tampoco puede la Sala considerarlo.

Sobre las bases anteriores se procede a estudiar esta parte del cargo:

Del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, y de la escritura pública número 5.034 de 26 de noviembre de 1963, resulta lo siguiente:

1º Que a la fecha de este instrumento existían dos sociedades, es a saber: a) "Alfonso Cleves R. y Compañía Limitada", formada por Alfonso Cleves R., Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano, b) "Industria Colombiana de Hormas Limitada", integrada por la primera de tales sociedades (Alfonso Cleves R. y Compañía Limitada) y por Inés Jiménez vda. de Anzola, pues Luciano Salvino, socio inicial, cedió sus derechos a la misma sociedad "Alfonso Cleves R. y Cía Ltda.".

2º Por virtud de la precitada escritura quedó disuelta y liquidada la primera de las sociedades nombradas y en la liquidación correspondiente al interés social que ella tenía en la segunda, se adjudicó a María Elena Galindo de Lizcano, Esteban Lizcano e Inés Jiménez vda. de Anzola. De allí que en ese instrumento, bajo la firma de éstos y de Alfonso Cleves R., aparezcan declaraciones como las siguientes:

"Al efecto, Alfonso Cleves R. ha convenido con María Elena Galindo de Lizcano y con Esteban Lizcano en cederles por mitad, la parte que hasta ahora ha venido declarando como propia, el exponente Alfonso Cleves R., por la suma de cuarenta y ocho mil quinientos pesos ($ 48.500.oo) (subraya la Corte) en dinero efectivo que el exponente Alfonso Cleves R., declara haber recibido a su satisfacción, y en dinero efectivo y por partes iguales, de María Elena Galindo de Lizcano y de Esteban Lizcano. Quedan pues, los exponentes Galindo de Lizcano y Lizcano como cesionarios del interés social que Alfonso Cleves & Cía. Limitada' tenía en la Sociedad Industria Colombiana de Hormas — Incohormas Limitada' "...".

"Hijuela de María Elena Galindo de Lizcano. Para atender al pago de lo que a esta socia correspondía por capital, más los derechos como cesionaria de Alfonso Cleves R. (subraya la Sala) en Industria Colombiana de Hormas Ltda., se le adjudica a esta socia...".

"Hijuela del socio Esteban Lizcano. Para pagar a este socio lo que le corresponde, en la misma forma indicada en la hijuela anterior y por los mismos conceptos (subraya la Sala) se le adjudica...".

"Presente el señor Alfonso Cleves R., como Gerente de Industria, de Hormas Limitada y la señora Inés Jiménez vda. de Anzola... manifestaron que aceptan la cesión del interés social de Alfonso Cleves R. y Cía. Ltda., en Industria Colombiana de Hormas Ltda., en la proporción que se expresa en esta escritura y tiene a los cesionarios María

Elena Galindo de Lizcano y Esteban Lizcano como socios de dicha sociedad en la proporción ya dicha..." (subraya la Sala).

"Del veintiséis (26) de los corrientes en adelante, las utilidades se distribuirán entre **los tres (3) socios María Elena Galindo de Lizcano, Esteban Lizcano e Inés Jiménez vda. de Anzola,** en la proporción ya indicada, **como únicos socios de dicha sociedad a partir de esta fecha**" (subraya la Sala).

Ante la claridad de las declaraciones transcritas es manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal cuando sostuvo que la escritura en que ellas constan "desvirtúa enfáticamente la afirmación de la parte demandada de que Alfonso Cleves R., como persona natural, cedió su interés social...", concepto que luego reafirma diciendo: "... cuando lo sucedido realmente el 26 de noviembre de 1963, fue que la sociedad Alfonso Cleves Rojas y Compañía Limitada y no el actor en forma personal, cedió su interés social en Industria Colombiana de Hormas Limitada en favor de Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano...".

Porque si ésto fuera así, es obvio que Cleves Rojas hubiera continuado como socio de la segunda Compañía al liquidarse la primera, pues se le hubiera adjudicado en la liquidación, como a los otros socios, la parte de capital que ésta tenía en aquella. El error del sentenciador provino de haber dejado de considerar este hecho: la sociedad Alfonso Cleves R. y Cía. Ltda., integrada por Alfonso Cleves R., Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano, era socia de la otra, denominada Industria Colombiana de Hormas Ltda. Al disolverse aquélla y efectuarse su liquidación, las acciones que la primera tenía en la segunda debían repartirse proporcionalmente entre los tres condueños, y en esta forma, Cleves, Lizcano y Galindo de Lizcano debían ingresar como nuevos socios de Industria Colombiana de Hormas Ltda. Mas no ocurrió así, por qué? Porque Cleves R., cedió esas acciones a sus dos consocios, según los pasajes transcritos de la escritura pública Nº 5.034 de 26 de noviembre de 1963. De allí que con la firma del mismo Cleves R., se declare en ella que "del 26 de los corrientes en adelante, las utilidades se distribuirán entre los tres socios María Elena Galindo de Lizcano, Esteban Lizcano e Inés Jiménez de Anzola, en la proporción ya indicada, **como únicos socios de dicha sociedad a partir de esta fecha** (subraya la Sala). Si el demandante no hubiese cedido, también a título personal, su interés en la sociedad liquidada, sería inconcebible que hubiera suscrito la declaración anterior, en que expresamente queda excluido como socio de Industria Colombiana de Hormas Limitada. No debe perderse de vista que Cleves R., compareció a la celebración de los contratos contenidos en la invocada escritura 5.034 en un doble carácter: el personal y el de gerente de ambas sociedades, y de esta manera consta en el texto de la misma pues al comienzo de ella se dice que"... comparecieron: Alvaro Bravo Gómez, como apoderado de Esteban Lizcano y María Elena Galindo de Lizcano..., por una parte,... y por la otra, **Alfonso Cleves R., quien comparece en su propio nombre...**" (subraya la Sala). En otros pasajes de ese instrumento, alguno transcrito, actúa el mismo como Gerente de una u otra compañía, según las exigencias de las declaraciones de voluntad que se hacían.

Sentado, pues, sin lugar a duda que el demandante dejó de ser gerente de Alfonso Cleves R. y Cía. Ltda., por su disolución y liquidación, y que perdió, por haberlo cedido, su posible interés social en Industria Colombiana de Hormas Ltda., así él, como ésta, pudieron entender que salía al mismo tiempo de la gerencia de la última. Por eso, se efectuó la liquidación de prestaciones sociales que consta al folio 40 del expediente, por tiempo de servicio de "abril 1º de 1956 a noviembre 25 de 1963", por la suma de $ 17.077.78, que incluye auxilio de cesantía y prima de beneficios y a cuyo pie, ante dos testigos, Cleves R., suscribe la siguiente: "Nota. El trabajador manifiesta que la empresa se halla a paz y salvo con él y que no le adeuda salarios, ni prestaciones, ni indemnizaciones de ninguna naturaleza, pues todos sus derechos le fueron reconocidos en tiempo oportuno. Declara, además, que acepta sin ninguna reserva la liquidación de prestaciones que antecede a esta Nota,

por encontrarla correcta y ajustada a la verdad laboral. "Y al folio siguiente aparece la orden de pago correspondiente y la entrega del cheque respectivo, cuyo análisis se realizó atrás y del que resultó la validez del pago.

El mérito probatorio del antedicho finiquito es indudable y no contraría su texto el deducir que el 26 de noviembre de 1963, al ceder el actor su interés social en Industria de Hormas Ltda., terminó su contrato de trabajo como gerente de ésta, lo que se confirma por no haber reclamado el actor contra la liquidación de prestaciones sociales manifestando, en cambio, que "la acepta sin ninguna reserva, por encontrarla correcta y ajustada a la verdad laboral", pues no aparece que sufrió engaño dadas las condiciones de cultura y de conocimiento general del Código de Trabajo Colombiano, que es de suponerse en quien desempeñó por más de siete años la gerencia de las dos sociedades de que se ha venido hablando.

Contra esta conclusión milita la tesis de la sentencia acusada, que admite la de la demanda inicial del juicio, es a saber: la liquidación del auxilio de cesantía a que se refiere el mencionado finiquito fue parcial y para hacerla no se cumplieron las formalidades legales, razón por la cual pierde el patrono su pago, de conformidad con el artículo 254 del C. S. del T. Asienta el sentenciador esta tesis en el hecho, fehacientemente establecido en el proceso, de que el actor continuó laborando al servicio de la demandada entre el 26 de noviembre (fecha de tal liquidación) y el 15 de diciembre siguiente, o sea 19 días más y por eso la empresa le abonó a la cuenta corriente que tenía con ella el sueldo completo del mes de noviembre y de la primera quincena de diciembre y el reajuste del auxilio de cesantía y de la prima de servicios correspondientes a esos días de trabajo. La Empresa, arguye, a su vez, que ese pago y reajuste se debió a que el demandante empleó dichos 19 días en hacer entrega de la gerencia al nuevo gerente, Fernando Sánchez Anzola; pero este hecho resulta desvirtuado con la misma escritura pública número 5.437 de 17 de diciembre de 1963, invocada por el recurrente, en cuya cláusula cuarta se dice que "habiéndose retirado de la gerencia de la sociedad el señor Alfonso Cleves Rojas, con fecha veintiséis (26) de noviembre del corriente año, previo arreglo de sus prestaciones sociales, los socios de común acuerdo designan para desempeñar el cargo al señor Fernando Sánchez Anzola, con quien en esta misma fecha se ha celebrado el correspondiente contrato de trabajo, jurídicamente distinto del de sociedad", pues si esa escritura de nombramiento del nuevo mandatario está fechada el 17 de diciembre, mal puede darse por establecido que el 26 de noviembre anterior empezó el demandante a hacerle entrega de la gerencia, la que se prolongó hasta el 15 de diciembre.

Existe, pues, una situación dudosa respecto de la fecha en que realmente terminó el contrato de trabajo del actor: de la liquidación de las prestaciones sociales y su respectivo finiquito, puede deducirse en forma lógica que se extinguió el 26 de noviembre; mas de los hechos igualmente probados de que laboró hasta el 15 de diciembre y se le abonaron los salarios y el reajuste de auxilio de cesantía y prima de servicio correspondientes, también es lógico concluir que sólo en esta última fecha fue cuando feneció el mencionado contrato. En estas condiciones no hay error manifiesto o evidente de hecho al anotar el sentenciador por esta última fecha, en vez de la primera, pues es sabido que no siendo la casación una tercera instancia, sino un recurso de impugnación, cuando las pruebas del proceso permiten dar por establecido uno u otro hecho, prima el criterio del juzgador de segundo grado, aún en el caso de que no fuere ese el de la Corte.

Ahora bien. Admitido por el Tribunal, sin yerro manifiesto, que el contrato de trabajo terminó el 15 de diciembre y no el 26 de noviembre, fecha en que se le liquidaron y pagaron al actor sus prestaciones sociales, tampoco implica error de hecho evidente el concluir que esa liquidación y pago fueron anticipados, sin las formalidades legales respectivas, por lo cual el patrono lo pierde. El casacionista sostiene que esta tesis la sienta el juzgador "con apoyo en lo dispuesto en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, sin reparar que esa norma le-

gal no es aplicable al caso de autos, en razón de que la liquidación, finiquito y pago mencionados antes, se fundamentaron en causales específicas muy distintas al ánimo de las partes de violar la ley, que es a lo que se refiere dicha disposición legal". Pero este punto no puede examinarlo la Sala, pues se sale del marco del error de hecho, para incidir en otros motivos de casación no planteados por el recurrente, cuales serían el de aplicación indebida a un caso no regulado por el precepto mencionado o el de interpretación errónea del mismo por haberle dado una inteligencia o alcance distintos del que contiene.

En consecuencia, no prospera el cargo por lo que hace a la condena al pago de auxilio de cesantía.

La segunda condenación se refiere a la prima de servicios; pero como quedó demostrado que fue válido el pago de las prestaciones sociales del actor, que incluían dicha prima, sin que respecto de ésta pueda aplicarse la pérdida de lo pagado por haberse hecho anticipadamente, según sucede con la prestación anterior, prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia en este punto.

La última de ellas es la relacionada con la indemnización moratoria. La funda el Tribunal en su aseveración manifiestamente errónea de que no hubo pago de las prestaciones sociales del demandante, razón por la cual sólo acepta como efectuado "el abono en la cuenta corriente del trabajador de la suma de $ 235.54 por concepto de un reajuste de cesantía y prima de servicios, cantidad que tiene sin lugar a dudas la condición de írrita...".

Huelga repetir las consideraciones que se efectuaron para mostrar de qué manera fue válido el pago de las prestaciones sociales del demandante en cuantía de $ 17.077.78, igual a la condena deducida por el sentenciador, con lo que desaparece la base en que la apoyó. Y en lo relativo a la confirmación del pago de auxilio de cesantía, por pérdida del primero debida a haberlo cubierto anticipadamente, sin las formalidades del caso, no aparece que este hecho hubiese provenido de mala fe del patrono, sino de un error en la fecha de terminación del contrato de trabajo dentro de una situación dudosa ampliamente analizada por la Sala, en que la naturaleza del recurso de casación y los términos de su planteamiento, dejaron inmodificada en este punto la sentencia recurrida.

Por tanto, prospera el cargo y habrá de casársela también por lo que hace a indemnización moratoria.

Demanda del demandante recurrente

Pretende que se case parcialmente la sentencia de segundo grado en cuanto absolvió a Esteban Lizcano, María Elena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez vda. de Anzola de las condenas impuestas en la misma, para que la Sala, como Tribunal de instancia, revoque la absolución proferida respecto de las dichas personas por el **a-quo**, y, en su lugar, condene a éstas, solidariamente con Industria de Hormas Limitada a satisfacer al demandante las condenaciones impuestas.

Formula en busca de este fin un cargo único por considerar que "la sentencia acusada viola directamente la ley, por interpretación errónea del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1º, 3º, 5º, 7º y 11 de la Ley 24 de 1937, 1º del Decreto 239 de 1957 y 487 del antiguo Código de Comercio, que condujo al Tribunal Superior a no aplicar debidamente los artículos 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, violándolos también".

Transcribe en seguida apartes de la sentencia dictada por esta Sala en el juicio seguido por Ricardo Olarán contra Antonio Angel y Cía. Ltda., publicada en los números 2306, 2307 y 2308, páginas 695 y ss. de la **Gaceta Judicial**, y concluye:

"Al estimar el **ad-quem** que la solidaridad contemplada en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no comprendía a los Socios de sociedades de responsabilidad limitada, lo interpretó erróneamente, pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte que acabo de transcribir, y por las razones en ella expuestas, sí es aplicable. Su apoyo en la jurisprudencia queda así destruido.

"Por haber interpretado erróneamente el artículo 36 del Código Sustantivo del Tra-

bajo, el fallador de segunda instancia se abstuvo de condenar a Esteban Lizcano, María Elena Galindo de Lizcano, e Inés Jiménez vda. de Anzola, (cuya calidad de Socios de Industria Colombiana de Hormas Limitada no discute el Tribunal), a pagar solidariamente con dicha Sociedad las cantidades deducidas por auxilio de cesantía, primas de servicios e indemnización moratoria, por lo cual violó las normas sustanciales contenidas en los artículos 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor, con transcripción de otros pasajes del mismo fallo, arguye lo siguiente:

"Como bien claro se advierte, lo expresado por la Honorable Sala Laboral en la sentencia citada, es muy diferente a lo que pretende la parte demandante recurrente en el caso sub-judice. La Honorable Sala distingue los efectos que se derivan de la clase de aportes que hagan los socios y de las obligaciones que éstos contraigan, según el contrato de sociedad; y al efecto presenta los tres casos que puedan darse, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 124 de 1937. En cambio, la parte demandante recurrente pretende la responsabilidad personal indefinida de Esteban Lizcano, María Elena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez viuda de Anzola, en su calidad de socios de "Industria Colombiana de Hormas Limitada", con la sola aplicación del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin referir la pretendida responsabilidad personal indefinida a lo que sobre el particular convinieron los nombrados socios en la escritura social correspondiente, o a la clase de sus aportes, lo que implica una cuestión de hecho, cuyo examen por la Honorable Sala de Casación Laboral, no puede hacerse mediante el modo de violación legal indicado por el demandante recurrente, en la demanda de casación a que me refiero. En consecuencia, no debe prosperar el cargo".

La Sala, para resolver, considera

El Tribunal motivó de esta manera su negativa a extender la condenación a Esteban Lizcano, María Elena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez vda. de Anzola:

"En el libelo de la demanda se solicita se condene "Industria Colombiana de Hormas Limitada" y a sus socios Esteban Lizcano, María Elena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez viuda de Anzola, en forma solidaria de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, dentro de las prescripciones señaladas en el artículo 36 del C. S. del T.

"La doctrina y la jurisprudencia han sostenido en forma reiterada que en las compañías de responsabilidad limitada, la solidaridad de los socios, no va más allá del valor real de sus aportes, los socios deben responder por ese aumento en los términos consagrados en la escritura social, o cuando se aporta en especie, los socios son solidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuido en el contrato a ese aporte y su verdadero valor.

"En el caso sub-judice, con base en el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 7 a 10), no hay constancia de una mayor extensión de la responsabilidad de los socios, ni es materia de la litis la discusión sobre el avalúo de los aportes en especie, por tal razón la solidaridad de los socios demandados se limita al valor real de sus aportes en el contrato social y no puede afectar los patrimonios personales de los socios, ya que su responsabilidad en esta clase de sociedades, se limita al monto aportado. En consecuencia no prospera este pedimento, se absolverá a los socios demandados de las súplicas invocadas en la demanda".

La jurisprudencia de esta Sala que ambas partes invocan, dice, en lo esencial, lo que se copia:

"Se tiene entonces que de acuerdo con la Ley 124 de 1937, el límite de la responsabilidad personal de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, presenta las siguientes modalidades: a) Si no hay más que aporte en dinero y como éstos deben estar íntegramente pagados antes de quedar constituida la sociedad, la responsabilidad de cada socio se contrae a la suma que hubiere separado de su patrimonio personal para vincularla como aporte a la sociedad. Al entregar el aporte, el socio queda descargado de toda responsabilidad por las obligaciones que llegue a adquirir la sociedad; b) Si hay aportes en especie, todos los socios son so-

lidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuido en el contrato a dichos aportes y su verdadero valor; y c) Si se ha pactado extensión de responsabilidad más allá de los aportes, los socios responderán, además, de la suma que respecto de cada uno de ellos y que por este concepto se haya indicado en la escritura social.

"El artículo 36 del C.S. del T., no desconoce este fenómeno de limitación de responsabilidad que es propio de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, sino que, por el contrario, lo incorpora expresamente en su mandato, porque advierte que la solidaridad de los socios con la sociedad y de éstos entre sí es 'solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio', es decir, que no va más allá, que no lo excede, por lo cual respecto de estas sociedades no puede afirmarse que la norma consagra una solidaridad indefinida; ni que contempla una responsabilidad duplicada, o sea, hasta por otra suma 'equivalente a sus aportes' como lo expresa el salvamento de voto, porque en cualquiera de estas dos hipótesis, se estaría rebasando el límite de responsabilidad que no es otro que el previsto en la Ley 124 ya citada, en las tres modalidades que acaban de observarse".

Comparada la tesis doctrinaria anterior con lo que el Tribunal sostiene al respecto, resulta que la acepta, pues afirma "que en las compañías de responsabilidad limitada la solidaridad de los socios no va más allá del valor real de sus aportes, salvo cuando la extensión de responsabilidad excede del monto de los aportes"; pues en este caso "los socios deben responder por ese aumento en los términos consagrados en la escritura social", y, que "cuando se aporta en especie, los socios son solidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuido en el contrato a ese aporte y su verdadero valor".

Esto, por lo que hace al primer párrafo del pasaje en que estudia el punto debatido. Y en el segundo, luego de indicar que en los autos "no hay constancia de una mayor extensión de la responsabilidad de los socios" y que no se discute "sobre el avalúo de los aportes en especie", reafirma que "la solidaridad de los socios demandados se limita al valor real de sus aportes en el contrato social y no puede afectar los patrimonios personales de los socios, ya que su responsabilidad en esta clase de sociedades, se limita al monto de lo aportado".

No se ve, por lo tanto, en dónde se encuentra la interpretación errónea de que acusa la sentencia el recurrente, quien además no la precisó en el ataque, como debió hacerlo.

El cargo debió formularse, pues, por vía distinta de la de interpretación errónea, sin que sobre advertir que en el fallo de esta Sala antes indicado la censura por dicha vía tuvo éxito, debido a que en el asunto allí decidido el Tribunal respectivo sostuvo que el antedicho precepto no era aplicable a las compañías de responsabilidad limitada, situación no contemplada en el presente.

En consecuencia, 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en cuanto condenó al pago de prima de servicio e indemnización moratoria en los literales b) y c) del punto 1º de su parte resolutiva, y, en sede de instancia, CONFIRMA la absolución proferida por los mismos conceptos por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, NO SE CASA EN LO DEMAS el fallo recurrido.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., Guillermo López Guerra, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

La acción ha de estudiarse primero que la excepción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Según libelo que se radicó en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, Alfonso Ramos Zapata trabajó para la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria, como Profesor de Química del Colegio Agustiniano de San Nicolás, de propiedad de dicha comunidad religiosa, desde el 1º de febrero de 1954 hasta el 28 de septiembre de 1966, fecha en la que fue despedido sin justa causa y sin que le pagaran los derechos causados. Los servicios fueron ininterrumpidos y prestados a cabalidad, con observancia de conducta ejemplar y remunerados últimamente con sueldo de $ 1.600.oo mensuales.

Con base en los hechos anteriores Ramos Zapata demandó, por medio de apoderado, que se declarase en sentencia definitiva que entre él y la Orden religiosa mencionada existió un contrato de trabajo desde el 1º de febrero de 1954 hasta el 28 de septiembre de 1966, que en esta última fecha la comunidad le dio por terminado dicho contrato en forma unilateral, intempestiva e injustificada y que se condenara, en consecuencia, a la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria a pagarle $ 18.660.oo como indemnización por el despido ilegal e injustificado; $ 16.300.oo por cesantía menos lo que hubiese recibido por tal concepto; $ 800.oo como compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, correspondientes al tiempo trabajado en el año de 1966; pensión especial vitalicia de jubilación, en cuantía de $ 780.oo mensuales, "o sea en proporción a la que le hubiere correspondido en caso de cumplir los veinte años de servicios, derecho que se hará exigible cuando el demandante cumpla la edad correspondiente; "$ 53,33 diarios, desde aquel 28 de septiembre de 1966 hasta cuando se le cancelen todas las cantidades impetradas, a título de indemnización moratoria, y las costas del proceso.

En derecho se invocaron los artículos 1º, 3º, 13, 14, 16, 22, 23, 24, 26, 37, 54, 65, 249, 253, 186 y normas concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; la Ley 171 de 1961, los Decretos 2351 de 1965 y 1373 de 1966, la Ley 48 de 1968 y, para el procedimiento, el Decreto 2158 de 1948.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor explicando, en cuanto a los hechos, que Ramos Zapata fue profesor de Química por horas, que renunció y se retiró del servicio del colegio, abandonando el cargo sin dar explicación, desde el mes de agosto de 1966 y que las prestaciones le fueron canceladas oportunamente. Formuló, además, las excepciones de inexistencia de la obligación, respecto de la indemnización por el supuesto despido ilegal o injusto; pago total de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que se pudieron causar; compensación en cuanto a las vacaciones, pues las escolares reemplazan las legales y el actor disfrutó de aquéllas; cobro de lo no debido, acerca de la pensión de jubilación, y prescripción de todas las peticiones de la demanda, por haber transcurrido, a la fecha de la notificación de ésta, más de tres años desde la terminación del contrato de trabajo, que ocurrió el 22 de agosto de 1966.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento la resolvió en fallo de 18 de febrero de 1971, por medio del cual declaró probada la excepción de prescripción, por cuanto la demanda fue notificada el 26 de septiembre de 1969, y absolvió, además, a la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria de la súplica por indemnización moratoria, por cuanto no hubo condenas ni por salarios ni por prestaciones. Impuso costas al demandante. (Fls. 113 a 117 del cuaderno 1º).

Apelada esta providencia por el apoderado de Alfonso Ramos Zapata, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en todas sus partes, en la suya del 29 de octubre del mismo año de 1971. Declaró sin lugar a costas en la alzada.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado del promotor de la litis y habiéndoselo concedido el ad-quem y admitido la Corte, que lo ha tramitado en legal forma, ha de decidírsele mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

El recurso extraordinario

Persigue el quebranto parcial del fallo indicado en cuanto confirmó en todas sus partes el de primera instancia para que, en la decisión subsiguiente, se revoquen sus ordenamientos primero y tercero, que declararon probada la excepción de prescripción e impusieron costas al demandante, respectivamente, y, en lugar de ellos, se condene a la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria a pagar a Alfonso Ramos Zapata la jubilación que consagra el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuantía mensual de $ 755.00, "que es la proporción que corresponde a la pensión que hubiera obtenido el demandante al cumplir veinte años de servicios a la entidad demandada, pensión que empezará a pagarse a partir del 14 de diciembre de 1977, fecha en que el recurrente cumplirá 60 años de edad", y a las costas del primer grado, a la misma demandada.

Al efecto, en cargo único, formulado por la causal primera de casación laboral, se acusa violación, por vía indirecta, de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que el Tribunal dejó de aplicar "como consecuencia de la no aplicación de los artículos 19 del C. S. T., 51 y 145 del Código Procesal del Trabajo, 175, 176, 177, 200, 251, 252, 258, 264, 276 del Código de Procedimiento Civil, 22 de la Ley 57 de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938, a situaciones concretas reguladas por dichas normas por haber incurrido el H. Tribunal en errores de hecho de manifiesto en los autos provenientes de la equivocada apreciación de algunas pruebas y de la falta de apreciación de otras, y de la indebida aplicación de los artículos 488 del C. S. T. y 151 del Código Procesal del Trabajo en relación con los artículos 2512 y 2535 del Código Civil".

En seguida el impugnador presenta como mal apreciadas las cartas de folios 24 y 25, dirigidas por Ramos Zapata al Rector del Colegio Agustiniano, con fechas 28 de agosto y 21 de septiembre de 1968, en su orden, y la del Rector del Colegio mencionado, para el demandante, de 28 de septiembre del dicho año, al folio 94, documentos de los cuales el sentenciador, en pasajes que el recurrente transcribe, apreció, en síntesis del mismo casacionista, que el vínculo laboral entre las partes terminó el 28 de agosto de 1966 y que no está demostrado que la renuncia presentada por Alfonso Ramos le fue exigida por la Orden demandada, ésto es, que hubiese habido despido injustificado. En torno a esas probanzas el acusador alega que aceptando la primera de las conclusiones en que resume las apreciaciones del Tribunal, es decir, que el contrato terminó el 28 de agosto de 1966, hay, sin embargo, infracción de la ley en la segunda de ellas, porque está demostrado que la renuncia fue exigida y constituye error evidente el dar por establecido lo contrario. Tal demostración la afirma en los documentos reseñados reclamando atención de otra parte, acerca de que el Rector del Colegio, en la época de autos, Reverendo Padre Gilberto Beltrán, quien firmó la última de aquellas cartas y a quien fueron dirigidas las otras dos, por el demandante, "reconociendo la veracidad del contenido y de los documentos que obran a folios 24 y 25" manifestó, a folios 85 vto.

y 86 del expediente, que le pidió (a Ramos Zapata) "el cumplimiento del deber o la renuncia", agregando haberle dicho "que cumplía o que renunciara". Y recalca —el acusador— que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 258 CPC, que establece la indivisibilidad de la prueba que resulte de los documentos. Por lo que si la sentencia aceptó el hecho de la renuncia no podía, sin dividir irregularmente la prueba, desconocer que ella fue exigida por la entidad demandada, representada por el mencionado Padre Beltrán.

Por todo lo cual se exhiben como errores evidentes de hecho el dar por demostrado, no estándolo, que el demandante renunció voluntariamente el cargo de Profesor de Química del Colegio Agustiniano; el no dar por demostrado, estándolo, que la renuncia presentada por el actor fue exigida por la demandada, y el no dar por demostrado, estándolo, que el retiro del Profesor Ramos Zapata obedeció exclusivamente a la exigencia de la renuncia que le fue hecha por la demandada, equivaliendo, por tanto, este hecho, a despido injustificado.

A continuación el recurrente singulariza como prueba dejada de apreciar el documento auténtico de folio 101, que es la partida eclesiástica de nacimiento de Ramos Zapata, no considerada por el Tribunal y que fija tal hecho en el 14 de diciembre de 1917, agregando que, por otra parte, el fallo admitió que el contrato se inició en 1954 y que el último salario fue de $ 1.600.00 mensuales. De todo lo cual resulta entonces:

"a) Que Alfonso Ramos Zapata trabajó al servicio de la demandada desde el primero (1º) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) hasta el veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"b) Que Alfonso Ramos Zapata renunció por exigencia de la entidad demandada, es decir, fue despedido el día veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966), luego de haber trabajado para la Orden demandada un total de doce (12) años, seis (6) meses y veintiocho (28) días.

"c) Que el salario devengado por el demandante en el último año de servicios fue la cantidad mensual de un mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) moneda corriente.

"d) Que Alfonso Ramos Zapata cumplirá sesenta (60) años de edad el día 14 de diciembre de mil novecientos setenta y siete (1977)".

Y en razón de estos presupuestos se imponía la condena de futuro a la pensión especial de jubilación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con el artículo 260 CST.

La demanda de casación contiene, además, un estudio acerca de la prescripción de la mencionada pensión especial de jubilación, en el que, con referencia a pasaje del fallo en que el Tribunal, estimó que el despido, generador de ella, debe demostrarse dentro de los tres años siguientes, y por no haberse hecho así en el sub-lite él no era ya susceptible de prueba, el recurrente sostiene que tales apreciaciones constituyen aplicación indebida de los artículos 488 CST y 151 CPT, en relación con los textos 2512 y 2535 C. C., porque derogado el artículo 267 CST, que obligaba a reclamar la dicha prestación dentro de un año a partir del despido y no disponiendo la Ley 171 de 1961 una prescriptibilidad especial, el asunto debe definirse por las normas generales y el criterio jurisprudencial pertinente, que reconocen carácter imprescriptible al status de jubilado y que sólo prescriben las mesadas dejadas de reclamar durante tres años, sin que pueda distinguirse donde la ley no distingue ni aceptarse el juicio del fallador.

Para resolver, se considera

Debe observarse, en primer término respecto de la sentencia impugnada y con relación al extremo jubilatorio a que se concreta el recurso, que el Tribunal confirmó la declaración de prescripción que produjo el a-quo, después de haber apreciado, como cuestión fundamental, que el contrato de autos no terminó por despido injusto que efectuara el patrono sino por decisión del trabajador. Tal resolución no es correcta en técnica procesal, pues si no hubo el hecho generador de la pensión especial, la acción no fue fundada, no existió el derecho pretendido con base en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y mal puede declarársele prescrito. Es que la acción ha de estudiarse

primero que la excepción y no a la inversa, pues, como lo explican la doctrina y la jurisprudencia, "sobre lo exceptivo sólo llega a pronunciarse el juez como consecuencia de haber hallado viable la acción", y respecto de la excepción de prescripción extintiva de la obligación, contraría igualmente la lógica declarar que ella ha acontecido, es decir, que el transcurso del tiempo extinguió lo que no tuvo existencia: en el caso de autos apreciar que no hubo despido injusto, que no se probó el hecho generador de la pensión impetrada, que no existió la obligación y, sin embargo, que el tiempo la extinguió. Claramente la sentencia es equivocada y frente al supuesto de que no se probó la causa —en uno de los requisitos legales que la integran— no procedía declarar prescrita la acción que se fundaba en ella.

Mas no es ésto lo que el acusador propone, pues su ataque por aplicación indebida de los artículos 488 CST y 151 CPT, en relación con los consagratorios de la jubilación que procura, no obedece a las consideraciones expuestas, sino a otras muy distintas. que se examinarán adelante, por lo que estas primeras razones de la Sala obedecen a la necesidad de precisar los distintos pasos de esta providencia y su resolución final.

En lo que se relaciona con el cargo ha de advertirse asimismo que no plantea, como se hizo en la litis, el hecho de la terminación del contrato en 28 de septiembre de 1966, que de haberse probado y reconocido por el fallador no habría conducido a la declaración prescriptiva que respondió a su fijación en 28 de agosto del mismo año, frente a demanda notificada el 26 de septiembre de 1969; sino que ahora admite —el casacionista— que tal terminación ocurrió el dicho 28 de agosto de 1966, para sostener, primero, que ella no fue por decisión del trabajador sino por renuncia exigida por el patrono, que equivale a despido injusto, base de la acción jubilatoria especial instaurada, y, luego, que a pesar de haber transcurrido más de tres años entre ese 28 de agosto de 1966 y el 26 de septiembre de 1969, no hubo prescripción, ya que la dicha acción no prescribe en ese tiempo porque el status de jubilado es imprescriptible, como lo tiene dicho la jurisprudencia respecto del general u ordinario, sin que sea lícito distinguir para el especial de autos, y que lo que se extingue de aquel modo por el transcurso del tiempo son tan solo las mesadas causadas y no reclamadas. Es un planteamiento distinto del inicial, pero que no constituye medio nuevo en casación, por cuanto está contenido en los supuestos de la litis y concretamente referido a motivación del fallo del Tribunal, que no aceptó tal tesis y en forma expresa acogió la contraria. Pero es importante fijar todo lo anterior, pues la última argumentación está elaborada sobre la base del despido injusto, que de no probarse, mediante los errores evidentes de hecho que contiene el cargo, no darían lugar a su consideración, ya que sin acción viable —y el despido injusto, se repite, es el hecho generador de la pensión especial— no procede el estudio de la prescripción, como se ha visto. De otra suerte se incurriría en el mismo error censurado al Tribunal.

Pues bien: en cuanto al hecho básico mencionado, el Tribunal, apreció, en suma, que Ramos no fue despedido, sino que renunció, pues el actor no probó, debiendo hacerlo, que su decisión de terminar el contrato, manifestada por escrito, le hubiese sido exigida por la Orden demandada. Así se concretan los errores evidentes de hecho que acusa el impugnador y que aspira a demostrar con las probanzas y razones reseñadas.

Para la Sala, en la pieza de folio 24 fechada el 28 de agosto de 1966, el actor Alfonso Ramos Z. expresa al Rector del Colegio Agustiniano que, de acuerdo con conversación sostenida el 24 del mismo mes, y por habérsele exigido la renuncia del cargo, y anunciado su aceptación inmediata, se considera eximido de todo compromiso y obligación con el colegio y solicita la liquidación de las prestaciones que le corresponden. Así lo apreció el Tribunal, en términos que prácticamente se han reproducido. El acusador estima, invocando el artículo 258 CPC y con criterio que predica para toda la prueba documental del recurso, que esas manifestaciones de Ramos Zapata son indivisibles, por lo que debió entenderse también que la renuncia le fue exigida. Más claramente aparece que ese documento, que for-

maliza la determinación del trabajador, mediante las expresiones de que se considera eximido de todo compromiso y obligación para con el colegio y de que le liquiden las prestaciones que le corresponden, no prueba el hecho de la exigencia de la renuncia por el patrono, sino tan solo la afirmación de Ramos de que se le había exigido tal renuncia. Y como es obvio esta afirmación no queda establecida con aquel aserto escrito. O como lo expresa el fallador, "no demuestra por sí mismo tal exigencia".

Es que lo indivisible, en esta materia, solo puede predicarse respecto del hecho puro y simple o de aquél y de sus circunstancias inseparables, y aquí lo que hay es la invocación de otro tan distinto —la exigencia patronal de la renuncia que, por él, el acto de Ramos Zapata deja de ser decisión suya y se convierte en despido, acto de la contraparte, injusto además, sin que para todo ello se encuentre, en la pieza mencionada, sino la propia manifestación del trabajador. Piénsese, en complemento de estas reflexiones, que la argumentación aducida conduciría también, al aceptársela, a que cuando se trate de manifestación del patrono, para terminar el contrato, habría que acoger como indivisible, sin más prueba que el mismo escrito, el motivo que se expresara en él para su decisión unilateral.

Tampoco se encuentra esa comprobación en los otros documentos que el acusador señala como mal apreciados. Pues el de folio 25 explica que el trabajador "apreció, entendió o comprendió sin lugar a dudas" que se le exigía que dejara de prestar sus servicios al colegio, por lo cual en guarda de su decoro, presentó aquella carta del 28 de agosto, ofreciendo, finalmente, continuar desempeñando el cargo de profesor. Este documento revela lo que dice Ramos, pero no evidencia que se le exigiera la renuncia. Ha de anotarse, además, en este punto, que la carta en cuestión aparece fechada el 21 de septiembre, cuando desde finales de agosto no volvió a dictar sus clases, fue reemplazado por el profesor Misael Agudelo y, según comprobante de folio 28, la demandada le había consignado, el día anterior, en el Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, hechos éstos a que no alude el acusador en el examen probatorio que propone, pero que sí están contenidos en la decisión judicial. Por todo lo cual el Padre Rector, en su carta de folio 94, que es la última de las tres probanzas con que se impugna la apreciación del Tribunal, rechaza por extemporánea esa manifestación de Ramos de seguir prestando sus servicios, documento que ni en tal expresión, ni en ninguna otra sirve para demostrar que la renuncia hubiese sido exigida.

Se alega, sin embargo, por el acusador, que el Padre Beltrán, a folios 85 vto. y 86, admitió el hecho cuestionado. Prescindiendo de que esta prueba testimonial no es susceptible de examen en la casación del trabajo, por las restricciones de la Ley 16 de 1969, por lo que seguramente el acusador no la incluyó en el material sustentatorio de su cargo, su contenido completo afirma que "él abandonó el puesto, no volvió", y en los apartes que más se aproximan a lo que alega el cargo, sólo se encuentra un dilema, entre el cumplimiento de deberes y la renuncia, ante el cual Ramos Zapata, según el declarante "no dio ninguna respuesta sino que se limitó a no volver a dictar sus clases". Muy difícil, pues, extraer de aquí, si pudiera hacerse, que no de los documentos examinados, el hecho categórico, manifiesto que importa al recurrente y acerca del cual, en verdad, la Sala no encuentra, como no lo encontró el Tribunal, la demostración necesaria, que pesaba sobre el actor.

Y no evidenciándose los errores, quedó sin prueba el hecho generador de la pensión especial impetrada y, sin éste, la violación de ley que se acusa para los fines del recurso.

No se requiere, por lo tanto, considerar la prueba sobre la edad de Ramos, que el cargo presenta como dejada de apreciar. Como tampoco cabe el estudio de la acción respectiva sobre los supuestos transcritos del acusador, ya que éstos contienen el despido injusto, a través de su equivalente de la renuncia exigida, no demostrada. Ni, en fin, el de la tesis sobre prescripción de la

acción referida, que también requiere que hubiese acontecido el hecho generador.

Por todo lo cual el recurso no puede lograr su propósito, aunque la decisión acusada debió producirse en términos procesales diferentes, según lo explicado.

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, de la fecha y origen expresados.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Franco Idárraga, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION

Los reajustes de pensiones de jubilación no pueden confundirse con la fijación de topes máximos. — Los reajustes no pueden referirse a pensiones futuras, pues no puede reajustarse lo que todavía no está determinado, o sea, no está ajustado como caso concreto conforme a las leyes vigentes en determinado momento, por lo cual los reajustes se refieren siempre a pensiones ya reconocidas; en cambio la fijación de topes máximos y mínimos no tiene por qué hacer relación a esas pensiones, sino a las que se van a reconocer.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, septiembre siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Nello Palombini, mayor de edad, residenciado en Madrid (España), identificado con pasaporte italiano número 30730/P y registro 374/64, emitido por el Consulado de Italia en Bogotá, el 3 de noviembre de 1964, demandó por medio de apoderado al Banco Francés e Italiano para la América del Sud, a fin de que dicha entidad fuese condenada a pagarle el reajuste de pensión de jubilación hasta la suma de seis mil pesos mensuales, a partir de la vigencia de la Ley 7ª de 1967, y a las costas del juicio en caso de oposición.

Los hechos en que el apoderado del actor apoya las pretensiones, son:

"1º El doctor Nello Palombini, prestó sus servicios personales al Banco Francés e Italiano para la América del Sud, por el lapso comprendido entre el 1º de diciembre de 1938 y el 31 de octubre de 1965.

"2º Durante el último año de servicios el Banco reconoció y pagó la suma de $ 87.600.00, por concepto de sueldos, $ 1.500.00, por indemnización de representación, $ 24.890.00, por concepto de prima obligatoria y $ 6.083.00, por concepto de liberalidad del Banco.

"3º Las cantidades devengadas durante el último año de servicios, le dan derecho al doctor Nello Palombini, para reclamar y obtener el pago del reajuste de su pensión de jubilación hasta la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00), a que tiene derecho en virtud del artículo 2º de la Ley 7ª de 1967.

4º Una vez en vigencia la Ley 7ª de 1967, el doctor Nello Palombini, reclamó directamente del Banco Francés e Italiano para la América del Sud, el reajuste a su pensión de jubilación; con resultados negativos.

"5º El doctor Nello Palombini, viene disfrutando dicha pensión de jubilación desde el 23 de diciembre de 1966 en cuantía de $ 3.120.00 mensuales".

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones del actor y contestó los hechos así:

"1º Es cierto.

"2º Es cierto.

"3º No es un hecho. Es materia decidéndum.

"4º Es cierto, aclarando que su primer reclamo en el mismo sentido de esta demanda, susceptible de validez para interrumpir por una sola vez la prescripción extintiva del derecho, caso de haber existido, fue escrito con fecha 21 de diciembre de 1967.

"5º Es cierto que el actor viene disfrutando de una pensión de jubilación —no de dicha pensión porque los hechos anteriores ninguna mencionan— en cuantía de $ 3.120.00 mensuales, desde la fecha que este hecho señala".

En la primera audiencia de trámite se corrigió la demanda en el sentido de pedir que se dé aplicación al Decreto 435 de 1971 sobre reajuste de pensiones de jubilación en el sector privado.

La demandada dijo que ya había hecho el reajuste a que se refiere el decreto mencionado, y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción.

La sentencia de primera instancia, dictada el 26 de octubre de 1971 por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, contiene la absolución del Banco Francés e Italiano para la América del Sud, por todas las súplicas de la demanda y la condenación en costas a cargo del actor. Apeló el apoderado de Nello Palombini.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 12 de febrero de 1972, revocó la providencia de primer grado y condenó al Banco Francés e Italiano para la América del Sud, a un reajuste de la pensión de jubilación por la cantidad de $ 695.92 mensuales desde el 1º de abril de 1971, declaró no probadas las excepciones propuestas y no condenó en costas. El apoderado del señor Nello Palombini interpuso recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Pretende el impugnador que se infirme totalmente el fallo acusado, en cuanto revocó la absolución y condenó a un reajuste de $ 695.92 mensuales, para que en función de instancia acceda a la súplica de reajustar a $ 6.000.00 la pensión del demandante, desde la vigencia de la Ley 7ª de 1967, para lo cual formula dos cargos que se examinarán junto con el escrito de oposición.

Primer cargo

Se hace consistir en la violación por infracción directa del artículo 2º de la Ley 7ª de 1967.

Después de transcribir un párrafo de la sentencia acusada, el recurrente se expresa así:

"El Tribunal, según se infiere de los párrafos transcritos estimó que la Ley 7ª de 1967, se refiere a las pensiones de jubilación que fueron reconocidas después del 1º de enero de 1962 y hasta el 31 de diciembre de 1965, lo que quiere decir que aquellas pensiones de jubilación cuyo reconocimiento no fue decretado dentro del lapso mencionado, no gozan del derecho —a juicio del mismo Tribunal— al reajuste de dichas pensiones jubilatorias. Sin embargo, la apreciación expresada por el Tribunal en la sentencia recurrida no se ajusta a la verdadera interpretación de la Ley 7ª de 1967. En efecto, el artículo 1º de la norma mencionada ordenó el reajuste de las pensiones de jubilación o de invalidez, teniendo en cuenta para aumentarlas, la cuantía de la pensión y el lapso dentro del cual se hubiera ésta reconocido, partiendo de las que habían sido decretadas con anterioridad al 1º de enero de 1962, y hasta el 31 de diciembre de 1966. Sin embargo en el artículo 2º de la misma Ley, se estableció que en ningún caso las pensiones de jubilación o de invalidez consagradas legalmente a favor de los trabajadores particulares, serán inferiores al salario mínimo legal más alto, vigente en la capital de la República que en el momento de la expedición de la Ley era de catorce pesos ($ 14.00) m/cte., diarios, o cuatrocientos veinte pesos ($ 420.00) m/cte. mensuales, ni serán superiores a la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) m/cte.

En tales circunstancias, vale decir que el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967 estaba haciendo referencia al reajuste de las pensiones de jubilación o de invalidez **consagradas legalmente a favor de los trabajadores particulares, sin importar la fecha en que dicha pensión se hubiere reconocido.**

"De ahí que, a partir de la vigencia de la norma expresada las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas con anterioridad a la vigencia de la misma, no podían ser inferiores al salario mínimo legal ni superiores a la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) mensuales m/cte., sin impor-

tar como se ha dicho que las mismas hubiesen sido reconocidas entre el 1º de enero de 1962 y el 31 de diciembre de 1965, ya que como se ha dicho antes, la Ley 7ª de 1967, no determinó fecha alguna para ordenar el reajuste de la pensión reconocida, sino que se limitó a determinar la sola circunstancia de que la pensión de jubilación o de invalidez estuviere consagrada legalmente a favor de los trabajadores particulares.

"En esta forma, el Tribunal violó en forma directa, lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, al no darle aplicación a dicho precepto, sino a lo dispuesto por el artículo 1º de la misma norma, que no se refiere al caso aquí controvertido.

"Frente a esta situación incontrastable, el sentenciador incurrió, pues, en rebeldía de modo directo contra la Ley 7ª de 1967 en su artículo 2º, dejando de aplicar éste y procediendo con absoluta falta de lógica".

El opositor observa que el alcance de la impugnación no se adecúa a los fines perseguidos por los cargos formulados, lo cual constituye en su sentir, el primer error de técnica.

Después de anotar otras deficiencias de la demanda, el opositor sostiene que la fijación legal de topes máximos no modifica la situación de quienes por virtud de normas anteriores obtuvieron una pensión inferior a ese tope, debido a la aplicación de las normas vigentes en el momento de adquirir el derecho.

Se considera

El alcance de la impugnación está mal formulado, tanto porque se pide la infirmación total de un fallo que es en parte favorable al recurrente, como porque señala como función de instancia la de acceder a lo pedido, olvidando que la Corte después de casar un fallo, obra como Tribunal de instancia, o sea, resolviendo la apelación o consulta de la sentencia del juez, por lo cual debe pronunciarse en relación con la providencia de primer grado. Se estudian los cargos a pesar de las incongruencias del alcance de la impugnación, puesto que de sus términos se desprende como lo acepta el opositor, que es lo pretendido con el recurso.

La falta de indicación de las normas consagratorias del derecho a jubilación y de los supuestos fácticos no discutidos, no hace incompleto el cargo, ya que en el juicio no se discutió el derecho a jubilación, desde que la demandada aceptó estar pagando la pensión, y por otra parte, el recurrente no presenta errores de hecho o de derecho, lo cual implica que acepta los planteamientos de la sentencia en el aspecto de los hechos.

En la demostración del cargo se habla de interpretación errónea de la Ley 7ª de 1967, cuando se acusa por infracción directa, motivo distinto al de la errónea interpretación. El opositor también anota que el cargo ha debido formularse por infracción medio consistente en la errada interpretación.

Aunque la sentencia recurrida habla de la Ley 7ª de 1967, no se trata de una interpretación de toda la ley sino del artículo 1º de ella; pues el sentenciador solamente se refiere a lo dispuesto en ese artículo sin mencionar para nada lo ordenado en el segundo. No se encuentra contradicción por este aspecto en el cargo, ya que se acusa infracción directa del artículo segundo y se trata de demostrarla con un párrafo donde el ad-quem analiza la aplicación del artículo primero al caso de autos, cuestión donde se plantea la interpretación de esa norma, mas no la del artículo segundo.

En la demanda inicial se solicitó el reajuste de la pensión con base en el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, no con apoyo en el primero de ella, y en la reforma de la demanda se pidió la aplicación del Decreto 435 de 1971.

El ad-quem analiza el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 y encuentra que no es aplicable al caso, pero condena con base en el 5º del Decreto 435 de 1971. El Tribunal dice que se aparta de la tesis del juzgado porque no comparte la falta de retroactividad de los reajustes.

Pero el a-quo no dijo que los reajustes de pensiones no eran retroactivos, sino que expresamente se refirió a los topes máximos de tales pensiones para afirmar que no eran

por sí mismos retroactivos. El ad-quem confundió pues lo dicho en la sentencia de primer grado.

En cuanto al tema de acusación, la sentencia censurada estudia el caso frente a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967 y concluye que esa norma no es aplicable a la situación de hecho, pero ese reajuste no fue pedido en la demanda, ni en la reforma de la misma, ni decretado por el a-quo en virtud de su facultad de resolver fuera de lo pedido, por lo cual ese estudio es ajeno a la litis. Sin embargo, es verdad que a una pensión mayor de $ 1.200 mensuales reconocida como la de autos después del 31 de diciembre de 1965, no le corresponde el reajuste ordenado por el artículo 1º de la Ley 7ª de 1967, como lo reconoce el recurrente en la demanda de casación.

En cuanto al artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, que fue la base de la demanda, y que el ad-quem ignoró, pues ni lo citó ni trató en parte alguna de la sentencia de la materia contenida en el precepto, no consagra reajuste alguno sino precisamente un ordenamiento sobre los topes máximos y mínimos de las pensiones de jubilación. El sentenciador ignoró ese artículo 2º, pues aunque en la parte narrativa del fallo y aún al empezar las consideraciones lo menciona como fundamento de las pretensiones del señor Palombini, no expresa razón alguna para su inaplicación y simplemente se refiere a los reajustes consagrados en el artículo 1º de esa ley y en el 5º del Decreto 435 de 1971.

Los reajustes de pensiones de jubilación no pueden confundirse con la fijación de topes máximos. Los reajustes no pueden referirse a pensiones futuras, pues no puede reajustarse lo que todavía no está determinado, o sea, no está ajustado como caso concreto conforme a las leyes vigentes en determinado momento, por lo cual los reajustes se refieren siempre a pensiones ya reconocidas; en cambio la fijación de topes máximos y mínimos no tiene por qué hacer relación a esas pensiones, sino a las que se van a reconocer.

El problema no es de retroactividad de la ley, pues los reajustes que se aplican naturalmente a las pensiones ya concedidas solamente operan para el futuro o sea, solamente se reajustan a partir del ordenamiento de la norma, y los topes no pueden ser retroactivos sino conforme a la Constitución y la ley.

Por otra parte, los reajustes no pueden tener incidencia sino sobre las pensiones reconocidas, según la misma ley lo determine, ya por escalas que contemplan las épocas en que se adquirieron los derechos a las pensiones o por la cuantía de ellas, ya por una determinación general en cuanto a todas las anteriores. Pero los topes máximos y mínimos no tienen por qué hacer relación a las pensiones reconocidas, sino precisamente a las que van a regular en su determinación por esos mismos topes, mas no a las ya determinadas por normas anteriores que para su época definieron los topes correspondientes.

El reajuste se concibe únicamente en cuanto a las pensiones que ya se definieron, mas los topes no pueden afectar pensiones fijadas dentro de límites señalados por normas vigentes en el momento de la determinación.

Los reajustes se refieren al monto que debe pagarse en cada mesada, por lo cual se aplican a pensiones ya reconocidas y que aún se están pagando, mas la fijación de los topes hace relación precisamente a la determinación del derecho pensional y es exactamente en ese momento cuando debe estar vigente la ley que señale los límites en que debe calcularse la obligación, sin que sea lógico hacer otra nueva determinación en función de topes o límites de fijación. La pensión puede reajustarse y sus efectos se producirán hacia el futuro sobre las pensiones ya reconocidas. Los límites máximo y mínimo de una pensión solamente pueden ser los vigentes en el momento en que se determina su valor o sea, que los topes solamente se aplican a las pensiones que se causen durante la vigencia de la ley que los señala.

El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que

estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores".

Luego la fijación de nuevos topes solamente se refiere a las situaciones pensionales no definidas, sino precisamente a las por definir.

La sentencia acusada cometió entre otros errores, el de no aplicar el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, que ignoró de una manera clara. Se produjo la violación por infracción directa de esa norma, al dejar de aplicarla por ignorancia, pero si se casara el fallo para decidir en instancia, se llegaría por las razones ya citadas, a la conclusión de que los topes máximos de las pensiones de jubilación señalados por los artículos 2º de la Ley 7ª de 1967 y 6ª y 7ª del Decreto 435 de 1971, no son aplicables a la situación contemplada en autos, ya que según la demanda y la contestación, la pensión de jubilación de Nello Palombini fue reconocida por el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, desde el 23 de diciembre de 1966, antes de la vigencia de las normas citadas, o sea, que dicha jubilación tuvo un tope regulado por las normas vigentes en su época y no modificado por las posteriores que solamente se aplican a las pensiones que se determinen bajo su vigencia.

Aunque la violación indicada en el cargo fue cometida por el ad-quem, no puede modificarse el fallo, ya que por razones diferentes, se llega a la conclusión de que no puede darse efectividad en el presente caso a la norma olvidada por el sentenciador.

Segundo cargo

Expresa el recurrente:

"La sentencia acusada viola, por aplicación indebida, al artículo 1º de la Ley 7ª de 1967, violación que condujo al Tribunal a no aplicar el artículo 2º de la misma ley.

"Para el fallador, como la pensión del actor no fue reconocida dentro del lapso comprendido entre el 1º de enero de 1962 y el 31 de diciembre de 1965, no hay lugar a ordenar el reajuste de su pensión. Es decir que el Tribunal estima que para poder aplicar el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, es indispensable que la pensión de jubilación haya sido reconocida dentro del lapso a que se refiere el artículo 1º del mismo precepto. En esta forma la sentencia recurrida incurrió en aplicación indebida del mencionado artículo 1º, dejando por consiguiente de aplicar la disposición que amparaba al actor para que su pensión le fuera reajustada hasta la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) m/cte., mensuales".

Observa el opositor:

"Aparte del error fundamental de afirmar que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, cuando de la motivación del fallo acusado surge con claridad que el ad-quem, previa su interpretación global de la ley en cuestión, lo aplicó al caso en estudio para absolver a mi representado, este segundo cargo adolece de las mismas fallas de técnica que exhibe el primero; como ellas ya fueron destacadas al oponerme a su prosperidad, doy por reproducidas aquí, en gracia de la brevedad, las consideraciones respectivas.

"El cargo, en últimas, caso de ser, contra todo lo previsible, estudiado en el fondo, tampoco podría prosperar. Porque la interpretación que el ad-quem dio a la Ley 7ª de 1967 y la aplicación de sus artículos 1º y 2º al caso sub-judice para absolver a mi mandante son correctas: el primer precepto ordena unos reajustes que no podían aplicarse, por razón de la fecha de su causación, a la pensión de jubilación del demandante, y el segundo, en cuanto no prescribe reajuste alguno, no podía amparar al actor para que su pensión le fuera reajustada hasta la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) m/cte. mensuales.

"De todo ello surge, como para el cargo anterior, o su rechazo por fallas de técnica o su imposibilidad de prosperar".

Se considera

Ya se vio en el examen del primer cargo cómo no hubo indebida aplicación del artículo 1º de la Ley 7ª de 1967, pues la pensión fue reconocida en 1966, como lo ad-

miten la demanda inicial y su contestación luego no podía concederse el reajuste dispuesto en el artículo 1º de la Ley citada, ya que dicha norma expresamente habla de pensiones de jubilación reconocidas antes del 31 de diciembre de 1965.

También se observó al estudiar el primer cargo que la falta de aplicación del artículo 2º de la ley indicada, resulta acertada en cuanto esa norma no cubre las pensiones reconocidas antes de su vigencia.

Por tales motivos, no prospera el segundo 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 doce de febrero de mil novecientos setenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Nello Palombini contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud.

Sin costas en el recurso porque la demanda que no prosperó, dio ocasión para sentar una tesis jurisprudencial, fin principal del remedio extraordinario.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LIBELO INICIAL

Esta Sala ha sostenido que el libelo con que se inicia el juicio no puede estimarse como un documento auténtico desde el punto de vista probatorio y en el sentido restrictivo a que se refería la Ley 16 de 1968 en su artículo 23.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Benjamín Ballesteros Bernal, demandó, por medio de apoderado, a Industria Colombiana de Llantas Icollantas S. A., domiciliada en Bogotá, para que fuese condenada previo los trámites propios de un juicio ordinario de mayor cuantía, a reintegrarlo al mismo cargo que ocupaba con anterioridad al 29 de septiembre de 1967, en idénticas o superiores condiciones de trabajo, tanto en remuneración como en categoría, y a pagarle los salarios dejados de percibir desde la fecha indicada hasta cuando se efectúe el reintegro, y subsidiariamente, que se la condene al pago de la indemnización extra-legal pactada en la convención colectiva, que asciende a 620 días de salario. También pide se condene a la sociedad demandada a pagarle una pensión de jubilación especial cuando cumpla la edad señalada en la ley, en los términos del artículo 11 del Decreto 1611 de 1962; el auxilio de cesantía liquidado en forma legal; $ 67.44 diarios a partir del 29 de septiembre por concepto de indemnización moratoria hasta el día en que fueren canceladas todas las deudas laborales, y las costas del juicio.

Fundamenta el apoderado las pretensiones en los siguientes hechos:

"1º Mi representado Benjamín Ballesteros trabajó al servicio de la sociedad Industria Colombiana de Llantas S. A. desde el 3 de marzo de 1950, hasta el 29 de septiembre de 1967. 2º El último cargo desempeñado por mi mandante fue el de "Inspeccionador de Neumáticos". 3º El salario de mi poderdante fue variable y el promedio del último año de servicios fue de $ 67.44 diarios. 4º La sociedad demandada no ha liquidado ni pagado la cesantía de mi mandante tomando en cuenta como salario el mencionado en el hecho anterior. 5º La sociedad demandada rompió unilateralmente, sin justa causa y sin indemnización alguna el contrato de trabajo con mi representado Benjamín Ballesteros, el día 29 de septiembre de 1967. 6º El demandante Benjamín Ballesteros, en la fecha del despido se hallaba amparado por la Convención Colectiva vigente por ser afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Industria Colombiana de Llantas Icollantas. 7º No obstante el tiempo de servicios de mi patrocinado, para efectos de pensión jubilatoria especial, la sociedad demandada no le hizo el reconocimiento del aludido derecho".

Al contestar la demanda el apoderado de Industria Colombiana de Llantas S. A., aceptó como ciertos los hechos primero, segundo, tercero, sexto y séptimo, aclarando respecto del primero que debían descontarse del tiempo de servicio el período de huelga, las suspensiones por sanción y las licencias, y respecto del séptimo, que la pensión de jubilación a partir del 1º de enero de 1967 no corresponde a la entidad patronal, sino al Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Negó los demás hechos de la demanda.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, desató el litigio mediante sentencia de cinco de agosto de mil novecientos setenta en cuya parte resolutiva dispuso: "Primero. CONDENASE a la Empresa Industria Colombiana de Llantas S. A. Icollantas, domiciliada en Bogotá, D. E., y representada legalmente por el doctor **Guillermo López Guerra** o quien haga sus veces, a pagar, al señor **Benjamín Ballesteros Bernal**, identificado con la C. de C. número 25604 de esta ciudad, tres días después de la ejecutoria de esta providencia, las siguientes sumas de dinero:

a) Cuarenta y un mil ochocientos doce pesos con ochenta centavos ($ 41.812.80) m/cte., por concepto de lucro cesante. b) Quince mil ciento treinta y tres pesos con treinta y cinco centavos ($ 15.133.35) moneda corriente, por concepto de saldo de auxilio de cesantía. c) Sesenta y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 67.44) m/cte. diarios, a partir del día treinta (30) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y hasta cuando se verifique el pago del saldo insoluto de cesantía, por concepto de indemnización por falta de pago. Segundo. CONDENASE a la Empresa **Industria Colombiana de Llantas S. A. Icollantas**, domiciliada en Bogotá, D. E., y representada legalmente por el doctor **Guillermo López Guerra** o quien haga sus veces. a pagar al señor **Benjamín Ballesteros Bernal**, identificado con la c.c. 25604 de esta ciudad, el valor de la pensión vitalicia de jubilación establecida en la Ley 171 de 1961, artículo 8º y en el Decreto reglamentario 1611 de 1962, artículo 11, sobre un sueldo mensual de dos mil veintitrés pesos con veinte centavos ($ 2.023.20), cuando acredite ante la Empresa demandada haber cumplido cincuenta (50) años de edad. Tercero. CONDENASE en costas a la empresa demandada. TASENSE".

Apeló el apoderado de la parte demandada. **El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, Sala Laboral, decidió la apelación en fallo dictado el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y dos por medio del cual modificó la cuantía de las condenas proferidas contra la Sociedad demandada, que, quedaron así: a) Treinta y cuatro mil quinientos sesenta y cinco pesos ($ 34.565.00)M/cte., por concepto de indemnización convencional. b) Doce mil ciento setenta y cinco pesos con 23/100 ($ 12.175.23) M/cte., por concepto de saldo de auxilio de cesantía. c) Cincuenta y cinco pesos con 75/100 ($ 55.75) moneda corriente diarios, a partir del día treinta (30) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y hasta cuando se verifique el pago del saldo de cesantía por concepto de indemnización por falta de pago; y un mil ochenta y nueve pesos con 77/100 ($ 1.089.77) mensuales por concepto de pensión restringida de jubilación, que deberá ser pagada cuando Benjamín Ballesteros acredite haber cumplido cincuenta (50) años de edad. Confirmó en todo lo demás el fallo apelado y condenó en las costas de la segunda instancia a la parte apelante en un noventa por ciento (90%).

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de **Industria Colombiana de Llantas S. A., Icollantas**, fue concedido por el Tribunal Superior y posteriormente admitido por esta Sala de la Corte. Habiendo llegado la oportunidad procesal, se decidirá previo el estudio de la demanda de casación y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Lo enuncia así el recurrente: "Con el recurso que sustento, la entidad demandada Industria Colombiana de Llantas S. A. Icollantas, persigue obtener se case parcialmente la sentencia de segunda instancia en cuanto hace la condena por concepto de indemnización convencional (lucro cesante) saldo de auxilio de cesantía, salarios caídos y pensión vitalicia de jubilación". Además en cada cargo, el impugnador precisa sus pretensiones en cuanto a lo que debe decidir la Corte como tribunal de instancia.

Con fundamento en la causal primera de casación formula seis cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo. "Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 28 de febrero de

1972, de ser violatorio por aplicación indebida de los artículos 65, 249 y 253 del C. S. del T., en relación con los artículos 17 del Decreto 2351 de 1965; 6 del Decreto 0118 de 1957 y 127 del mismo Código a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, a los cuales llegó el sentenciador por apreciación de los documentos auténticos que a continuación se singularizan:

Al sustentar el cargo dice el recurrente: "En la primera página de la demanda (folio 2) que a más de ser un documento auténtico entraña una confesión judicial (Código Judicial nuevo artículo 197, C. J., anterior, Art. 607) se leen dos hechos que constituyen la causa petendi de la acción: ' "3º. El salario de mi poderdante fue variable y el promedio del último año de servicios fue de $ 67.44 diarios. ' "4º. La sociedad demandada no ha liquidado ni pagado la cesantía de mi mandante tomando en cuenta como salario al mencionado en el hecho anterior" '. Es decir, que en sentir del actor la mala liquidación estriba en la cuantía del último salario promedio. A su juicio fue de $ 67.44 contra $ 55.75 aplicado por el patrón. El guarismo que se pruebe será por mandato de los artículos 17 del Decreto 2351 de 1965 y 253 del Código el aplicable para todo el tiempo de servicios a partir de la última congelación legal en diciembre 31 de 1962. El Tribunal condenó a la Sociedad demandada al pago de un reajuste del auxilio de cesantía y a la indemnización moratoria, confirmando de ésta manera el fallo de primera instancia, si bien redujo el valor salarial inicialmente acogido".

Transcribe luego las motivaciones pertinentes del fallo acusado y continúa así su argumentación:

"Produjo la primera condena y consecuencialmente la de salarios caídos, por ostensible error de apreciación del documento auténtico (demanda) del folio 2º, ya comentado. Y también por apreciación errónea de otros documentos auténticos visibles a folios 125 a 130 del informativo. Esta serie de documentos atinentes al salario devengado por el actor, prueban lo siguiente: a) Valor de la cesantía congelada en diciembre 31 de 1962 (aspecto no debatido en autos). b) Salario promedio del último año de servicios (precisamente el hecho básico de la controversia, cuya prueba correspondía al actor). c) Salarios penúltimo y anterior a éste, ambos posteriores a la congelación en 1962 (sin ningún interés práctico pues las liquidaciones hechas por el Tribunal y por la Empresa tomaron el último salario para este tercero y último período). La cesantía congelada en 1962 (prueba a) fue revisada por haber interpretado erróneamente el Tribunal el documento auténtico del folio 2 (la demanda). Además aplicó el ad-quem los salarios promedios de los años 1965/66 y 1964/65 (prueba c) indicados como penúltimo y anterior a éste, en el documento del folio 129. Por último hizo producir efecto retroactivo a más de tres años (7 años, 3 meses, 28 días, al primer período, y 5 años, 6 meses al segundo) a los aumentos de salario así: al de 1964/65 por valor de $ 63.22 como si fuera el de 1957; al de 1965/66 por valor de $ 63.03 como si correspondiera al año de 1962. Con la prueba del último salario promedio (prueba b), el mismo tomado por la Empresa y acogido por el fallador, aparecen no demostrados los presupuestos de la demanda y se debía absolver a mi representada. Tal acumulación de errores, inconcebible en un Tribunal Superior, lo llevó a violar los artículos 17 del Decreto 2351/65 y 253 del CST., que fijan el salario base para la liquidación de cesantía y el efecto retroactivo limitado para aquéllos años a un trienio con relación a la fecha de cada aumento; las normas sobre congelaciones de esta prestación producidas en 1962 por el Decreto 2351 citado y en 1957 por el Decreto 0118 del mismo año; el artículo 249 que establece el auxilio de cesantía y por último el artículo 65, pues habiendo entendido no estar pagada esa prestación totalmente, condenar como consecuencia parecía ser lógico. Claro está que pudo haber recordado el principio atemperante y rector de esta última norma consistente en la buena fe patronal".

Se refiere a continuación a la jurisprudencia sobre el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo contenida en fallo de esta Corporación de fecha marzo veinte de

mil novecientos setenta, Manuel Camargo contra Colegio del Rosario, del cual transcribe algunos pasajes, y finalmente precisa el alcance del cargo, que persigue la casación parcial de la sentencia acusada y que como Juez de instancia la Corte declare pagado el auxilio de cesantía, la existencia de la buena fe y absuelva a la demandada por la sanción moratoria.

Observa el apositor que la demanda inicial del juicio no constituye documento auténtico, y que por lo tanto no se encuentra entre los medios probatorios a que se refiere el artículo 7º de la ley 16 de 1969, así como tampoco los que obran de folios 125 a 130, que fueron allegados al juicio en virtud de decreto oficioso del Tribunal Superior, provienen de la parte demandada recurrente y la parte opositora no tuvo oportunidad para controvertirlos. Refiriéndose a la cuestión de fondo dice que carece de respaldo la afirmación del recurrente de que la controversia no se planteó sobre los períodos anteriores a diciembre, pues el actor hizo extensiva su reclamación sobre liquidación y pago de su cesantía a todo el tiempo de servicios, tal como lo expresa en forma clara en el petitum a) de la demanda inicial, y que en consecuencia no se ha demostrado por el recurrente el error ostensible de hecho.

Se considera

Como lo dice el opositor, esta Sala ha sostenido que el libelo con que se inicia el juicio no puede estimarse como un documento auténtico desde el punto de vista probatorio y en el sentido restrictivo a que se refería la Ley 16 de 1968 en su artículo 23. Mas habiendo incluido el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, sustitutivo del 23 de la ley 16 de 1968, la confesión judicial entre los medios probatorios cuya apreciación errónea o falta de apreciación pueda originar un error de hecho susceptible de acusarse en casación, la censura del opositor carece de validez ante la nueva norma, porque la demanda inicial del juicio, como expresamente lo prevé el artículo 194 del nuevo Código de Procedimiento Civil, y se desprendía del 507 del antiguo judicial, contiene una confesión judicial espontánea, carácter que también se le atribuye el recurrente.

Respecto a los documentos que obran del folio 125 al 130, claramente se observa que el Tribunal Superior incurrió en irregularidades al producir la prueba. Así la audiencia de trámite y juzgamiento a que se refiere el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, celebrada el primero de septiembre de mil novecientos setenta, fue suspendida sin que se adujese motivo alguno para ello, folio 116, habiendo sufrido dos aplazamientos la continuación de la misma. Reanudada el siete de octubre de mil novecientos setenta y uno, más de un año después de haber sido suspendida, el ad-quem decretó oficiosamente, como prueba, solicitar a la sociedad demandada algunos datos, suspendiendo nuevamente la audiencia para dictar el fallo, pero sin que se dispusiera celebrar una nueva para practicar la prueba, como lo ordena el inciso final del artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, práctica que tratándose de documentos, consiste en ordenar que se tengan como prueba, para darles publicidad y permitir a las partes hacer uso del derecho de controvertirla. Pero estas irregularidades en el decreto y práctica de los documentos no han sido motivo de censura por el recurrente. Ante esa circunstancia no puede la Corte estudiar oficiosamente la incidencia de las irregularidades anotadas en el fallo de segunda instancia, pues le está vedado salirse de los límites que le señala el casacionista en la demanda extraordinaria.

Procede, en consecuencia, el estudio de fondo de la acusación.

En la demanda inicial pidió el trabajador "que se condene a la demandada a pagar al demandante la cesantía del tiempo de servicios, liquidada en forma legal". Y en los hechos afirmó lo siguiente: "3º El salario de mi poderdante fue de $ 67.44 diarios. 4º La sociedad demandada no ha liquidado ni pagado la cesantía de mi mandante tomando en cuenta como salario el mencionado en el hecho anterior".

De lo transcrito se deduce que en la demanda inicial se pide una reliquidación del auxilio de cesantía por haber tomado al patrono como salario promedio del último año

uno diferente al que el trabajador afirma haber devengado. El fallador de primer grado encontró demostrado que el último salario diario en promedio fue de $ 67.44, por haber sido ese guarismo el que tomó en cuenta la empresa para liquidar unas vacaciones en abril de 1967, seis meses antes de terminar el contrato de trabajo, y procedió a liquidar el auxilio de cesantía con base en ese salario aplicado a todo el tiempo de servicio. El ad-quem, por su parte, estimó que no estaba probado el último salario y oficiosamente pidió a la sociedad demandada enviara el dato sobre el último salario y los dos anteriores a éste devengados por el trabajador demandante. Con fundamento en el informe rendido por el patrono procedió a reliquidar el auxilio de cesantía, tomando como último salario promedio el mínimo de $ 55.75 que la empresa había tenido en cuenta para liquidar el período comprendido entre el 1º de enero de 1963 y la fecha de terminación del contrato, y liquidando los períodos del 1º de julio de 1957 a 31 de diciembre de 1962 y del 3 de marzo de 1950, fecha de ingreso del trabajador, al 30 de junio de 1957, con los otros salarios cuya cuantía suministró la sociedad demandada.

Es decir, que tanto el juez de primera instancia como el Tribunal Superior fallaron más allá de lo pedido al proceder a la reliquidación total del auxilio de cesantía, cuando lo que se demandaba era la revisión de la misma por haberse tomado como último salario, uno que el trabajador consideraba no era el verdadero. Mas como no es ésta la censura que se hace al fallo recurrido, ni se menciona como violación de medio la del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, el cargo no prospera.

Segundo cargo. "Acuso el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, con fecha 28 de febrero de 1972 por aplicación indebida de los artículos 17 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 253 del CST, y del inciso 2º de éste, en relación con los artículos 249 y 127, 129 y 130 del mismo Código y el artículo 6º del Decreto 0118 de 1957, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, motivados en errónea apreciación de los documentos auténticos de folios 2 y 125 a 130 del expediente".

Los documentos no apreciados los relaciona el recurrente así: "1. La demanda inicial, que contiene además una confesión judicial, en la cual se afirma concretamente que "4º. La sociedad demandada no ha liquidado ni pagado la cesantía de mi mandante tomando en cuenta como salario el mencionado en el hecho anterior". Y el hecho anterior o sea el Nº 3 es del siguiente tenor: ' "El salario de mi poderdante fue variable y el promedio del último año de servicios fue de $ 67.44 diarios" '. (El subrayado es mío). 2. Documentos emanandos de la Empresa en virtud del decreto oficioso de pruebas proferido por el Tribunal en donde consta que los salarios promedios devengados por el trabajador entre 1964 y 1967 fueron para el último año $ 55.75; para el penúltimo $ 63.03 y para el ante-penúltimo $ 63.22 (folio 125 a 130). No hay información de salarios anteriores a diciembre 31 de 1962 pues en los hechos de la demanda (causa petendi) aparece claro que la demanda se origina en la inconformidad por la liquidación del último período legal que va del 31 de diciembre de 1962 fecha de congelación de cesantías a septiembre 28 de 1967 cuando terminó el contrato: Y que el actor pretende debió hacerse con un salario de $ 67.44 y no con el tomado por la Empresa de $ 55.75".

Al sustentar el cargo dice el impugnador: "Es inexacto que obren en autos pruebas de salarios devengados por el trabajador en 1957 o en 1962, fechas de las congelaciones legales de cesantía. No se encuentran tales datos por la simple razón de que la litis no se trabó ni desarrolló sobre tal presupuesto fáctico. El actor no ha protestado ni desconocido los salarios con los cuales congelaron su cesantía hasta el 31 de diciembre de 1962. Su inconformidad y consta en el libelo demandatorio que como documento auténtico contiene además una confesión judicial por mandato de los artículos 607 y 197 del Código Judicial antiguo y nuevo, respectivamente, era sobre el salario promedio del último año. Aspecto de hecho bien distinto que implica consecuencias de derecho también diferentes. La empresa había

tomado como último salario promedio $ 55.75 diarios (folios 125 a 130), en tanto que el actor afirmaba otro mayor por valor de $ 67.44 (hecho 3, folio 2º). El Tribunal ante la insuficiencia probatoria al respecto y supliendo el defecto de la parte demandante (al actor incumbe probar) decretó oficiosamene la prueba tendiente a establecer los sueldos últimos, penúltimo y anterior a éste devengados por el trabajador (folio 122). Fue así como se incorporaron los documentos auténticos a que he venido haciendo referencia, que el sentenciador y las partes han aceptado sin reservas ni glosas. De esos documentos auténticos aparece como devengado por Benjamín Ballesteros como último salario la cantidad de $ 55.75 diario promedio: Con dicho salario liquidó el Tribunal (f. 143) el último lapso de cesantía comprendido entre diciembre 31 de 1962 —fecha de congelación— y septiembre 28 de 1967 —fecha del despido—. En idéntica forma lo había hecho la empresa demandada (folio 128). Bastaba esta única operación para no despachar favorablemente la súplica del libelo pues la cesantía en contra de la afirmación del demandante sí había sido totalmente liquidada. Mas el error que endilgo al **ad-quem** comienza a continuación. Resolvió reliquidar dos períodos de cesantías congelados, sobre los cuales el trabajador no había reclamado ni afirmado devengar un salario distinto al tomado por el patrón. Verazmente el Tribunal no habría podido hacerlo por ausencia de pruebas, como ya lo advertí. Pero con descuido imperdonable, resolvió inventar para lo que llama 'Primero (sic) período' que va de marzo 3 de 1950 a junio 30 de 1957 un salario promedio de $ 63.22 (folio 143). Dos errores integran esta formidable equivocación: tal salario corresponde a los años 1964/65 (folio 129), el primero. El segundo, que ni aún siendo exacto el aumento, podía ser retroactivo más de tres años, por expresa disposición del artículo 253 del Código. Y repite el mismo doble error en su denominado 'segundo período' que cubre del 1º de juio de 1957 al 31 de diciembre de 1962. Toma el salario promedio de $ 63.03 que fue el del año 1965/66 (f. 129) y lo extiende retroactivamente 5 años y 6 meses (f. 143)".

Se refiere luego a la incidencia del error de hecho en la violación de la ley sustantiva y pide que la Corte case parcialmente el fallo y como Juez de segunda instancia revoque el del inferior declarando que el salario tomado por la Empresa es el legal y no el afirmado por el actor, y que en consecuencia dé por probado el pago del auxilio de cesantía.

El opositor repite las críticas de carácter técnico del cargo anterior y agrega que el Tribunal Superior no hizo interpretación alguna del escrito de demanda y que el recurrente omitió referirse al documento de folio 68 el cual sirvió de base a uno de los soportes del fallo acusado.

Se considera

Como se dijo al estudiar el cargo primero, el Juez de primer grado falló más allá de lo pedido por el demandante al proceder a verificar una reliquidación total del auxilio de cesantía, siendo así que la controversia versaba sobre la cuantía del último salario devengado. El Tribunal Superior, en vista de que encontró que el promedio salarial del último año no estaba debidamente acreditado, oficiosamente pidió a la sociedad demandada la prueba sobre los tres últimos salarios devengados por el trabajador y con base en ellos procedió también a reliquidar totalmente el auxilio de cesantía. Dentro este criterio de decidir ultra petita, bien podía el **ad-quem** revisar los períodos 'congelados' según el artículo 6º del Decreto 0118 de 1957 y 17 del Decreto 2351 de 1965, aplicándoles los salarios que obraban en juicio, sin que por ello incurriera en manifiesto error de hecho por cuanto la regla general es la de que el auxilio de cesantía se liquida con el último salario devengado si no ha tenido variación en los tres últimos meses, o con el promedio del salario devengado en el último año si esa variación se produjo o si se trata de salarios variables, como claramente lo dispone el inciso 1º del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación. La llamada congelación de cier-

tos períodos es un régimen exceptivo y como tal corresponde demostrar su existencia al patrono demandado, lo que no hizo en este juicio. No prospera la acusación.

Tercer Cargo. "Acuso al fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 28 de febrero de 1972 por aplicación indebida del artículo 65 del CST., en relación con los artículos 249 y 127 del mismo Código y con el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el 253 ibídem, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, a los cuales llegó el sentenciador por apreciación errónea de los documentos auténticos de folios 2 y 125 a 130 del informativo".

Transcribe el casacionista la motivación del Tribunal Superior para condenar a la indemnización por mora y argumenta: "Quedó vista la condena por salarios caídos fundamentada según la transcripción hecha, en el pretendido pago de cesantía, en menor cantidad de la debida, dizque sin razón. No otros argumentos aduce el Tribunal para confirmar el fallo de instancia. Sin embargo es inexacta la premisa mayor de que la Industria Colombiana de Llantas S. A., hubiera pagado un solo peso menos de lo que por ley debió cancelar al trabajador demandante como cesantía, respaldan esta afirmación los documentos auténticos erróneamente apreciados. Al decir del demandante en su libelo, su reclamo por lo que considera una mala liquidación del auxilio de cesantía no hace relación a los períodos de cesantía congelados (hasta 1957 y hasta 1962). Sobre ellos no hay desacuerdo. Es sobre el último pues mientras para el patrono demandado el salario fue en promedio de $ 55.75 diarios, para el trabajador demandante debió ser de $ 67.44. Este es el planteamiento inicial y único contenido en los hechos 3 y 4 de la demanda. Es la confesión judicial que conlleva el documento auténtico denominado demanda. Corrobora el planteamiento que se hace el auto para mejor proveer o decreto oficioso de pruebas del Tribunal (f. 122) que ordena a la empresa demandada enviar la certificación sobre "último salario devengado; salario promedio del último año laborado por el demandante, salario anterior al último devengado por el mismo trabajador; salario anterior al solicitado inmediatamente antes, devengado por el mismo señor Ballesteros" (subrayo). Todo se predica del '"último salario"', y del '"último año"'. Esto por no existir controversia sobre los períodos anteriores a diciembre 31 de 1962. No cabe, en consecuencia, duda alguna sobre el alcance y sentido de la demanda y su confesión, que fue erróneamente interpretada por el Tribunal".

Analiza luego la liquidación que hizo el ad-quem del auxilio de cesantía y dice que tomó para el período de julio 1º de 1957 a diciembre 31 de 1962, el salario devengado entre 1965 y 1966; que liquidó el período de marzo 3 de 1950 a junio 30 de 1957 con el salario promedio devengado entre 1964 y 1965, y que hizo retroactivos los aumentos de salarios a más de tres años, contrariando lo dispuesto por el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

Agrega que el Tribunal Superior aplicó indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo al desconocer situaciones demostradas en juicio y que configuran error de hecho de su parte; la buena fe patronal la primera, y la satisfacción total y oportuna de la cesantía a favor del empleado. Cita en apoyo de su argumentación apartes del fallo de esta Corporación de marzo veinte de mil novecientos setenta, Manuel Camargo contra Colegio del Rosario, y pide a la Corte casar parcialmente el fallo y como juez de segunda instancia revocar el fallo del inferior para declarar probado el pago total de la cesantía, la existencia de la buena fe y consecuencialmente absolver a la demandada.

El opositor considera que la liquidación del auxilio de cesantía fue hecha correctamente por el ad-quem que no es conducta demostrativa de la buena fe patronal persistir en el error en que incurrió la parte demandada al liquidar la cesantía del trabajador, y que la sanción moratoria es lógica y clara, pues como lo dijo el sentenciador de segunda instancia, se halla establecido en el proceso que el pago de la cesantía se hizo en menor cantidad de la que correspondía al trabajador.

Se considera

Habiendo decidido el Tribunal Superior efectuar una reliquidación total del auxilio de cesantía correspondiente al trabajador demandante tomó como base los salarios suministrados por la sociedad demandada, o sea $ 55.75 diarios como el último devengado; $ 53.03 como promedio del año correspondiente entre septiembre 29 de 1965 y septiembre 28 de 1966, y $ 63.22, promedio salarial anual de septiembre 29 de 1964 a septiembre 28 de 1965.

En consecuencia apreció correctamente el **ad-quem** los documentos de folios 125 a 130 del cuaderno principal, por cuanto eso es lo que expresan respecto a la cuantía del salario y el año en que fueron devengados. Si esos salarios le sirvieron de base para liquidar períodos a los cuales no les eran aplicables, la pretendida violación de la ley se produjo independientemente de cualquier cuestión fáctica. Por lo tanto no prospera el cargo en cuanto persigue la casación parcial del fallo recurrido y que en sede de instancia se revoque la sentencia del inferior y en su lugar se declare probado el pago total de la cesantía, pues no se demostró la existencia del error de hecho que hubiese incidido en la violación de las normas sustanciales pertinentes.

Respecto al error de hecho atribuido al Tribunal Superior de no haber dado por demostrada la buena fe del patrono estima la Sala que habiéndosele cancelado oportunamente al trabajador el valor del auxilio de cesantía según liquidación hecha por el patrono, y versando la demanda inicial sobre un pretendido error consistente en no haberse tenido en cuenta el último salario verdaderamente devengado por el trabajador no puede deducirse mala fe patronal si el fallador de segunda instancia encontró que el promedio salarial del último año fue el mismo que le sirvió de base a la sociedad demandada para liquidar el auxilio de cesantía, y a pesar de ello procedió a hacer una reliquidación total de la prestación reclamada decidiendo más allá de lo pedido cuando no estaban demostradas las variaciones del salario durante todo el tiempo que duró la relación laboral. La buena fe del patrono al pagar el auxilio de cesantía no ha sido desvirtuada y lo exonera de la sanción contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; en consecuencia, por haberse demostrado el error de hecho anotado por el impugnador, el cargo prospera en cuanto persigue la casación del fallo en la parte que modificó la condena por indemnización moratoria y la revocatoria de esta condena para en su lugar absolver de esta petición a la sociedad demandada, decisión que será la que en sede de instancia tomará la Corte fundamentada en las consideraciones anteriores.

Cuarto cargo. "Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 28 de febrero de 1972, por infracción directa del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 253 del C.S.T., y del inciso 2º de éste, en relación con los artículos 249, 127, 128 y 130 del mismo Código, y el Artículo 6º del Decreto 0118 de 1957".

Al sustentar el cargo dice el recurrente que para efectos de la acusación no discute el tiempo de servicios, ni los salarios devengados por el trabajador según documento que obra a folios 129, ni la cuantía de las prestaciones pagadas al trabajador. Analiza el contenido de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965, así como el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por aquél, y argumenta así:

"El Tribunal de apelación al modificar cuantitativamente la condena que por concepto de cesantía había hecho su inferior, el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, expresa en la motivación de su sentencia lo siguiente: "En verdad el **a-quo** resolvió tomar el último salario, el que aparece en la liquidación del folio 68 dato equivocado por cierto, y liquidó por todo el tiempo, sin tener en cuenta las congelaciones legales, forma errada de efectuar dicha liquidación" '. (Folio 143), y procede a dividir el tiempo de servicios en tres períodos que comprenden siete años, tres meses y veintiocho días, el primero; cinco años y seis meses, el segundo, y cuatro años ocho meses veintinueve días el tercero. De la transcripción anterior y de la forma como fueron agrupados

los salarios para liquidar tres períodos de servicios se desprende claramente que mientras que el sentenciador reconoce diferentes remuneraciones básicas y promedias como contraprestación del servicio del trabajador (aspecto de hecho no discutido) la disposición legal vigente en diciembre 31 de 1962 que sólo permitía hacer retroactivos '"los aumentos de salarios"' a tres (3) años y los extiende a períodos mayores, con palmario desconocimiento de la restricción legal. Tal enfrentamiento por parte del Tribunal al mandato contenido en el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 en su numeral 2º lo llevó a quebrantar por falta de aplicación el artículo 253 numeral 1º del CST que estaba vigente en diciembre 31 de 1962 y su rebeldía frente a las dos normas afecta de igual manera los artículos 127, 128 y 129 del CST., que definen el salario y sus factores de integración, los cuales han sido violados al servir de base para la infracción directa del Decreto 2351 de 1965 en su artículo 17 y el 1º numeral del artículo 253 del mismo código. De haber tomado en consideración las dos disposiciones acabadas de citar no habría entendido los salarios del trabajador más allá de los tres años a que se refiere la disposición del Código, limitando cada aumento a un período de tres años a partir de su fecha, y no para períodos de más de siete años y más de cinco años, como efectivamente y en forma equivocada lo hizo. No habiéndose aplicado los artículos del Código y decretos citados en virtud de clara rebeldía del sentenciador de segunda instancia, corresponde a esta Superioridad, como respetuosamente lo demando, casar parcialmente la sentencia y convertida en Tribunal de instancia revocar la decisión del a-quo en cuanto al valor establecido por concepto de reajuste del auxilio de cesantía, a fin de que de acuerdo con la ley se produzca la liquidación con base en cada uno de los sueldos acreditados en autos".

Por último transcribe apartes del fallo de esta Corporación de catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), Rafael Fernández Mendoza contra la General Electric de Colombia, sobre infracción directa de las normas acusadas en caso similar.

El opositor observa que el recurrente se limita a plantear el sentido de la presunta violación, pero sin demostrarla, y que vincula aspectos fácticos dentro de la violación directa de la ley. Refiriéndose al fondo de la acusación afirma que el Tribunal Superior hizo en forma correcta la liquidación del auxilio de cesantía.

Se considera

El fallador de segunda instancia no ignoró las normas acusadas, ni se rebeló contra ellas, ni las dejó de aplicar al caso en estudio, como se desprende de la siguiente consideración, que también transcribe el impugnador: "En verdad el a-quo resolvió tomar el último salario, el que aparece en la liquidación del folio 68, dato equivocado por cierto, y liquidó por todo el tiempo, sin tener en cuenta las congelaciones legales, forma errada de efectuar dicha liquidación". Precisamente por el motivo expuesto en lo transcrito procedió a verificar una nueva liquidación con base en los diferentes salarios suministrados por la sociedad demandada. Si al liquidar el auxilio de cesantía tomó como base salarios que no correspondían a los períodos "congelados", o amplió dichos períodos, la pretendida violación de las normas pertinentes no pudo producirse por infracción directa de la misma, sino por una defectuosa aplicación. Y como es el primer concepto el que se invoca en la acusación, el cargo no prospera.

Quinto cargo. "Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 28 de febrero de 1972 por infracción directa de los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965; 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 23 y 55 ibídem".

Al sustentar el cargo afirma el recurrente que el ad-quem dio por demostrada "la sustracción de un objeto de exiguo valor por parte del trabajador Ballesteros que motivó la terminación por parte de la Empresa de su contrato de trabajo".

Luego argumenta así: "El parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 no obli-

ga a quien da por terminado el contrato de trabajo a invocar el texto legal preciso, sino a aducir '"la causal o motivo de esa determinación"', sin que pueda variarse o alterarse posteriormente. Causal o motivo hace referencia a los hechos, es decir a la razón fáctica. La gravedad de la falta corresponde calificarla al patrón y no puede depender ni de la antigüedad del trabajador en el oficio, ni de su conducta previa o anterior. La sustracción, aún justificada, por un solo hombre de uno o dos pedazos de cadena o de un tornillo, o de un sobrante de lámina, en sí no es más grave frente a terceros que hurtar un peso o unas monedas. Pero si el acto por haber sido prohijado, minimizado, no considerado como objetivamente grave, se repitiera docenas o cientos de veces por otros trabajadores, sí tendría gravedad indiscutible. El retraso de cinco o diez minutos en la hora de entrada al trabajo en un operario no es grave, pero el mismo lapso en cien operarios sí lo es. Cuando el artículo 60 del Código prohibe sustraer de la fábrica o taller útiles de trabajo, materias primas o productos elaborados elevando este hecho a justa causa de terminación del contrato, su calificación depende del patrono afectado y no de consideraciones piadosas o falsamente tocadas de sensibilidad por no ser bienes propios del juzgador sino ajenos".

Transcribe apartes de un fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y continúa argumentando: "Violó pues el H. Tribunal de Bogotá, por interpretación errónea el Art. 7º del Decreto 2351/65 y su parágrafo que establece las justas causas de terminación del contrato y la obligación de hacerle saber al otro contratante el motivo que se alega; y también infringió las normas sustanciales contenidas en los artículos 58 y 60 del CST., que lejos de permitir sustraer los bienes que integran el patrimonio empresarial sancionan su inobservancia como base esencial de la buena fe en la ejecución de los contratos. De ahí que haya incluido en la formulación del cargo el artículo 55 que obliga a los contratantes no únicamente a lo que se expresa en el contrato '"sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a élla"', y los artículos 22 y 23 del mismo texto que al definir el contrato y los elementos que lo integran excluyen la posibilidad de que quien presta un servicio subordinado pueda sentirse autorizado para hacer uso indebido y menos apropiarse los bienes del patrono. La errónea interpretación nacida del equivocado concepto subsumido en la norma que se aplica por parte del fallador, lo indujo a juzgar el hecho básico de la acción con piedad juris, mas no con la severidad de los mandatos legales recogidos en la máxima '"dura lex sec lex"' que tratan de salvaguardiar la propiedad privada y la moralidad en las relaciones entre patronos y trabajadores. Esa H. Corporación deberá casar parcialmente la sentencia por error del **ad-quem** en el entendimiento de las normas singularizadas, y convertido en tribunal de segundo grado revocar el proveído del juez en cuanto condenó al pago por lucro cesante originado en la terminación unilateral del contrato, reconociendo que la decisión se produjo por existir justa causa y no con ausencia de élla, como lo afirma el **a-quo**".

Se considera

En la enunciación del cargo el impugnador predica la infracción directa de las normas que estima violadas y al sustentarlo, se refiere a la interpretación errónea de las mismas. Estos dos conceptos de violación son incompatibles, como lo ha sostenido la jurisprudencia. Mas en el entendimiento que el concepto invocado es el de interpretación errónea, por fundamentar en él toda la argumentación, tampoco podría estudiarse el fondo de la censura, porque como lo dice el opositor, la proposición jurídica es incompleta. Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que toda acusación debe contener una proposición jurídica completa y que ello no se produce cuando no se incluyen entre las normas acusadas las que establecen el derecho cuyo reconocimiento o desconocimiento se pretende a través del recurso. Tal sucede en el caso en estudio, por haber omitido el casacionista señalar como violada la norma que consagra el derecho del trabajador a la indemnización por

despido injusto, cuya exoneración para el patrono persigue a través de este cargo, que en consecuencia se rechaza por el defecto anotado.

Sexto cargo. "Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— con fecha 28 de febrero de 1972 por infracción directa, en la modalidad de errónea interpretación de los artículos 8º de la Ley 171 de 1971, 11 del Decreto 1611 de 1962 y 259 del CST., en relación con las siguientes disposiciones de 1966; artículo 2º del Decreto 1617; de la Resolución 831, el artículo 62 del Decreto 3041 y la Ley 90; el Decreto 3294 de 1961, y los artículos 5º de la Ley 157 de 1887 y 2º de la Ley 153 del mismo año".

Dice el impugnador que el ad-quem entendió equivocadamente el contenido del artículo 8º de la Ley 171 de 1971 y artículo 11 del Decreto 1611 de 1962, en relación con las otras normas singularizadas en la enunciación del cargo, al no reconocer que la carga patronal denominada pensión de jubilación, establecida en los dos primeros textos, desapareció como riesgo a cargo de los patronos particulares para ser asumida en su integridad por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Analiza luego el artículo 257 del Código Sustantivo del Trabajo, así como las normas acusadas, sobre las cuales expresa cuál es a su juicio la correcta interpretación, y argumenta así:

"Frente a esos textos, es elemental concluir que el artículo 259 del C.S. del T., transcrito inicialmente en su aparte 2º, al indicar que a la asunción del riesgo por el Instituto las prestaciones por jubilación dejaron de estar a cargo de los patronos, como norma especial y como norma posterior prevalece sobre las disposiciones de la Ley 90 de 1946 y especialmente sobre el artículo 72 invocado. En cuanto al ICSS asumió los riesgos el 1º de enero de 1967 y visto que en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo transcrito en su numeral 2º, el requisito para la liberación patronal frente a estas prestaciones de Jubilación, Invalidez y Seguro de Vida, no fue el pago de cotizaciones previas, ni de semanas de espera, ni de plazo para capitalización, sino simplemente el de que ' " el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales" ', como en efecto lo ha sido, cualesquiera otra condición excede y contraría la disposición del Código. Los antecedentes contenidos en el Decreto 3294 de diciembre 27 de 1961, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 122 de diciembre diez y ocho (18) del mismo año y que constituía el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte ilustran la situación. El artículo 63 de este Reglamento suspendido, corresponde exactamante en su letra y contenido al artículo 62 del actual Reglamento, o sea a aquél que habla de la sustitución de derecho de las obligaciones patronales. El Artículo 64, que no fue reproducido en el texto del Decreto 3041 en vigencia preceptuaba: ' "Durante los períodos de cotización previa, señalados para los seguros de invalidez y muerte, el patrono seguirá respondiendo por dichas prestaciones según lo dispone el Código Sustantivo del Trabajo. Sus obligaciones cesarán en relación con cada asegurado que haya cumplido las cotizaciones mínimas previstas en este Reglamento" '. La existencia de ese artículo 64 en el Reglamento original limitado a los riesgos de invalidez y muerte, demuestra sin duda que quienes redactaron el Estatuto jamás pensaron en subordinar la asunción del riesgo de vejez al pago de las semanas de cotización. Aún puede sostenerse que al haberse suprimido el artículo en el nuevo Reglamento esas semanas de espera tampoco se aplican hoy a los riesgos de invalidez y muerte. La sustitución de prestaciones se operó integralmente el 1º de enero de 1967, fecha en la cual comenzó el pago de las cotizaciones. Confío en haber demostrado cómo a partir de la asunción de los riesgos por el ICSS, la pensión de jubilación en contra de la tesis sostenida por el Tribunal, dejó de ser una carga patronal'.

Transcribe el impugnador apartes del fallo de esta Corporación dictado en septiembre de mil novecientos sesenta y siete para resolver el recurso de homologación contra el laudo que decidió el conflicto colectivo entre Swantex I. Mencler & Hno. y su Sindicato de Trabajadores, y termina pidiendo

que se case parcialmente la sentencia recurrida "por violación directa de la ley al interpretarla erróneamente y convertida en Tribunal de instancia revocar la sentencia condenatoria del Juez de primera instancia en cuanto que condenó a la demandada a pagar una pensión de jubilación que corresponde hacerlo al ICSS en su totalidad o por lo menos en parte proporcional de considerarse que el caso encuadra dentro de las excepciones previstas en el reglamento".

Se considera

La infracción directa y la interpretación son conceptos de violación de la ley expresamente diferenciados en el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, sucesivamente modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, 22 de la Ley 16 de 1968 y 7º de la Ley 16 de 1969. De ahí que no pueda afirmarse que el segundo concepto sea una modalidad del primero, como equivocadamente lo afirma el impugnador al enunciar el cargo, error que subsana al finalizar la acusación cuando se refiere a la violación directa de la ley por interpretación errónea, lo que sí es admisible. Se estudiará el cargo en consecuencia bajo el entedimiento de que se predica la violación de la ley por interpretación errónea.

En relación con la condena sobre pensión de jubilación restringida dijo el Tribunal Superior:

"La solicitud de la demanda, correspondiente al literal c) del capítulo correspondiente, hace relación a la pensión especial de jubilación o pensión sanción, la que opera siempre que el trabajador haya sido despedido sin justa causa y después de haber laborado al servicio de la demandada por un lapso mayor a los diez años. Así lo establece el Decreto 1611 de 1962, artículo 11. Se ha visto y demostrado dentro del proceso, que el despido del trabajador fue injusto. Así lo calificó el Juzgado de primera instancia y así lo ha ratificado esta Superioridad. No ha sido discutido el tiempo laborado por el demandante al servicio de la entidad enjuiciada, cuya duración es de 17 años, 4 meses, 19 días, después de descontar el período de huelga, las licencias, etc. Por otra parte, el capital de la sociedad debe tomarse sin cortapisas, ya que no fue acreditado por la demandada que tuviera uno menor al necesario para el pago de tal pensión. Y en cuanto a la edad del trabajador, debe recordarse que ésta debe ser la de cincuenta años, la que aunque no se ha demostrado este factor debe ser acreditado por quien lo reclama, en el momento de su exigencia. El salario para su liquidación, debe ser igualmente el promedio del último año cuya cuantía es de $ 1.672.50 mensual, y no el tomado por el a-quo por las razones anotadas. Así las cosas, deberá condenarse al pago de la pensión sanción o restringida, de conformidad con los factores ya dichos de edad, salario y tiempo de servicios, antes establecidos y conforme a lo ordenado por la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1611 de 1962, artículo 11".

Como puede observarse de lo transcrito, el ad-quem no hizo una exégesis del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 ni del artículo 11 del Decreto reglamentario 1611 de 1962. Se limitó a aplicarlos a los supuestos fácticos que dichas normas contemplan para que el trabajador tenga derecho a la pensión especial de jubilación: tiempo de servicios superior a quince años, despido injusto y capital de la empresa de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) o más. Si las disposiciones referenciadas no eran aplicables a los hechos anteriores cuya existencia no discute el casacionista, la pretendida violación de la ley debió producirse por la indebida aplicación de las normas.

Cuanto a las otras disposiciones, no las tuvo en cuenta el ad-quem para tomar su decisión. Si a juicio del recurrente esas eran las aplicables el concepto de violación sería el de infracción directa y no el de interpretación errónea en sí mismas consideradas o en relación con las que sí aplicó. No habiendo el Tribunal Superior interpretado las normas acusadas, para condenar a la demandada al pago de la pensión de jubilación restringida, el cargo no prospera.

Cuanto a las costas de la segunda instancia no se impondrán a la parte demandada en el juicio, por cuanto no perdió el recurso de apelación. Por la misma razón tampoco se impondrán en el recurso extraordinario.

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 el veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y dos por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto en el literal c) del punto primero de la parte resolutiva condena a Industria Colombiana de Llantas S. A. a pagar a Benjamín Ballesteros la suma de cincuenta y cinco pesos con 75/100 moneda corriente diarios a partir del día 30 de septiembre de 1957 y hasta cuando se verifique el pago del saldo de cesantía, por concepto de indemnización por falta de pago, y en sede de instancia REVOCA la condena que por el mismo concepto y en cuantía de sesenta y siete pesos con 44/100 ($ 67.44) diarios profirió el fallo de primer grado, y en su lugar ABSUELVE a Industria Colombiana de Llantas S. A. de la petición sobre indemnización moratoria. No la casa en lo demás.

Sin costas en la segunda instancia, ni en el recurso extraordinario.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACLARACION DE SENTENCIA

Por auto de 4 de octubre de 1972, se aclara la sentencia anterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre cuatro de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

El apoderado de Benjamín Ballesteros, en escrito presentado dentro del término de ejecutoria, solicitó a esta Corporación 'se sirva aclarar o adicionar la sentencia de fecha once de los corrientes proferida por esa H. Sala en el juicio indicado en la referencia, en el sentido de condenar a la parte demandada —recurrente en el recurso extraordinario— al pago de las COSTAS de la segunda instancia. En la citada sentencia dice esa H. Corporación: ' "Cuanto a las costas de la segunda instancia no se impondrán a la parte demandada en el juicio, por cuanto no perdió el recurso de apelación" ', y así lo ordena en la parte final de la ameritada sentencia. Con todo el respeto que me merece esa H. Entidad, estimo que la parte demandada sí perdió el recurso de apelación, habiendo sido condenada al pago de las COSTAS de la segunda instancia en un 90%. Por esta razón solicito, muy atentamente, la aclaración o adición de la sentencia en el sentido indicado. Fundamento esta comedida solicitud en lo previsto en los artículos 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil".

Para resolver se considera

El artículo 311 del Código de Procedimiento Civil autoriza la adición de las sentencias, de oficio o a solicitud de parte, cuando en ellas, entre otras situaciones, se guarde silencio sobre costas. No se presenta tal evento en el caso en estudio, porque en la sentencia cuya adición se solicita hubo pronunciamiento expreso no sólo sobre las costas del recurso extraordinario, sino también como lo reconoce el solicitante, sobre las de apelación, en vista de que al prosperar parcialmente la acusación, la Corte entró a decidir en sede de instancia. Por lo tanto no es procedente la adición solicitada.

Respecto a la aclaración, estima la Sala que fue clara cuando expresó: "Cuanto a las costas de la segunda instancia no se impondrán a la parte demandada en el juicio, por cuanto no perdió el recurso de apelación"; afirmación que tuvo su conclusión lógica en la parte resolutiva, que dispuso: "Sin costas en la segunda instancia".

Sin embargo, como el peticionario considera que la parte demandada sí perdió el recurso de apelación, para mayor abundamiento se expresarán los motivos que tuvo la Sala para llegar a la conclusión contraria.

El fallo de primer grado condenó a Industria Colombiana de Llantas S. A. Icollantas, a pagar a Benjamín Ballesteros Bernal lo siguiente: Cuarenta y un mil ochocientos doce pesos con ochenta centavos ($ 41.812.80) por concepto de lucro cesante; Quince mil ciento treinta y tres pesos con 35/100 por concepto de saldo de cesantía; sesenta y siete pesos con 44/100 ($ 67.44) diarios a partir del 30 de septiembre de 1967, y dos mil veintirés pesos con 20/100 ($ 2.023.20) mensuales como pensión de jubilación. El Tribunal Superior, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, rebajó la cuantía de las condenas así: Treinta y cuatro mil quinientos sesenta y cinco pesos ($ 34.565.00) por concepto de indem-

nización convencional; doce mil ciento setenta y cinco pesos con 23/100 ($ 12.175.23) por saldo de cesantía, cincuenta y cinco pesos con 75/100 ($ 55.75) diarios por indemnización por falta de pago, y un mil ochenta y nueve pesos con 77/100 ($ 1.089.77) mensuales como pensión de jubilación.

Si a través de la apelación la sociedad demandada consiguió que el ad-quem modificara, rebajándolas, las condenas, quiere decir que no perdió el recurso, pues de no haberlo interpuesto las condenas habrían sido superiores. Y si a esto se agrega que la Corte en sede de instancia revocó la condena de primer grado por indemnización moratoria y en su lugar absolvió a la demandada de esta petición, aparece con mayor claridad que no se perdió la apelación.

En relación con las costas del recurso, el artículo 392, en su inciso 1 establece que se condenará en costas a quien lo pierde, lo que no sucedió en el sub-lite y en el 3º repite el concepto cuando dispone que si la sentencia de segundo grado confirma en todas sus partes la del inferior, se condenará en costas al recurrente. Si el apelante no perdió el recurso, porque consiguió a través de su interposición un mejoramiento en relación con lo proveído por el inferior, y si el fallo de éste no fue confirmado en todas sus partes, no había lugar a condena por las costas de la segunda instancia, que fue la decisión tomada por la Corte en la sentencia cuya adición y aclaración se solicita.

En estos términos, queda resuelta la solicitud del apoderado del señor Benjamín Ballesteros B.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOCUMENTOS

En la enumeración de documentos que hace el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, se encuentran las "grabaciones magnetofónicas". — No señala dicho estatuto un trámite especial para la recepción de esta prueba. — Por esta razón debe sujetarse a las normas generales, así como para su valoración. — El artículo 269 de la misma obra, al referirse a los instrumentos sin firmas, a los cuales pueden asimilarse las grabaciones magnetofónicas, dispone que "Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

El doctor **José Francisco Collantes** demandó, por medio de apoderado judicial, a **Urbanizadora David Puyana S. A.**, para que previa la declaración de que entre las partes existió una relación laboral contractual entre el 1º de septiembre de 1969 y el 10 de mayo de 1970, se la condenara a pagarle lo siguiente: auxilio de cesantía por valor de siete mil ochocientos seis pesos con 40/100 ($ 7.806.40); sueldos causados y no pagados correspondientes a la década del 1º de mayo al 10 de mayo de 1970 en cuantía de dos mil seiscientos sesenta y seis pesos con 66/100 ($ 2.666.66); prima proporcional al tiempo servido entre el 1º de enero y el 10 de mayo de 1970, por valor de cuatro mil cincuenta y nueve pesos con 14/100 ($ 4.059.14); vacaciones proporcionales causadas y no disfrutadas, en cuantía de tres mil novecientos dos pesos con ochenta centavos ($ 3.092.80); participaciones del 0.5% sobre actas de recibo por valor de veintisiete mil ocho pesos con 53/100 ($ 27.008.53); trescientos setenta y cuatro pesos con 69/100 ($ 374.69) diarios desde el 10 de mayo de 1970 fecha en que la obligación de pagar se hizo exigible, hasta cuando se verifique el pago, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, José Francisco Collantes fue contratado en varias ocasiones por la demandada para desempeñar el cargo de Ingeniero Residente en la construcción y pavimentación de la carretera Cúcuta-San Faustino-La Frontera; la última vez que se le contrató fue el 1º de septiembre de 1969, habiendo prestado sus servicios hasta el 10 de mayo de 1970; durante este último período se pactó como remuneración un sueldo básico de ocho mil pesos ($ 8.000.00) más las sumas equivalentes al 0.5% sobre el valor de actas recibidas por el ingeniero Collantes Gómez de obra ejecutada en la carretera, participación que ascendió a $ 27.008.53, en relación con un total de $ 5.401.01, valor de las actas; esta participación del 0.5% fue autorizada por la sociedad demandada y reiterada por el doctor Jorge A. Chávez, quien desempeñaba el cargo de Director del Departamento Técnico de la Compañía, y no le ha sido pagada al demandante, así como los otros conceptos que demanda, que deben liquidarse incluyendo las participaciones como factor salarial.

Al contestar la demanda el apoderado de Urbanizadora David Puyana S. A. aceptó

unos hechos y negó otros; en relación con el salario manifestó que el demandante había sido contratado con un sueldo de $ 8.000 mensuales, y que la participación del 0.5% fue pactada para el período anterior comprendido entre el 16 de diciembre de 1967 y el 30 de junio de 1969, en el cual el sueldo básico más el porcentaje sobre actas recibidas ascendió a $ 7.600.49, suma inferior al sueldo fijo acordado para el último período. Manifestó además que las prestaciones sociales correspondientes al demandante le fueron consignadas en un Juzgado cuado se negó a recibirlas.

Cumplido el trámite de primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral de Bucaramanga, desató la litis mediante sentencia dictada el siete de diciembre de mil novecientos setenta y uno en la cual resolvió lo siguiente:

"1º Condenar a la firma denominada Urbanizadora David Puyana S. A., representada en la ciudad de Bucaramanga por su Gerente, el doctor Armando Puyana Puyana, a pagar al doctor José Francisco Collantes Gómez, las siguientes sumas de dinero: a) La suma de tres mil novecientos dos pesos con ochenta centavos ($ 3.902.80), por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas; b) La suma de seis mil novecientos treinta y cinco pesos ($ 6.935.00), por concepto de cesantía por todo el tiempo servido; c) la suma de veintisiete mil ocho pesos con cincuenta y tres centavos ($ 27.008.53) por concepto del cero punto cinco (.5%) de las participaciones sobre actas, y d) La suma de ciento veinticuatro mil trescientos treinta pesos con veintidós centavos ($ 124.330.22), por concepto de indemnización por falta de pago hasta la fecha y ciento sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 166.66) diarios desde mañana hasta cuando se verifique el pago total. De las anteriores sumas de dinero, se descontará la cantidad de diez y ocho mil doscientos cuarenta y nueve pesos con cincuenta y seis centavos ($ 18.249.56) que el demandante recibió según constancia que obra al folio 66 del expediente. 2º Costas a cargo de la parte demandada".

El apoderado de Urbanizadora David Puyana S. A. interpuso el recurso de apelación, que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral, el veintinueve de febrero de mil novecientos setenta y dos, en sentencia que dispuso lo siguiente: "Primero. Revócase la sentencia apelada en la letra c) del numeral 1º y en su lugar se absuelve a la Empresa demandada de la condena allí formulada. Segundo Modifícase la sentencia impugnada en las demás letras del numeral 1º y en su lugar se dispone: Condénase a la firma denominada Urbanizadora David Puyana S. A., representada por su Gerente, Armando Puyana P., o quien haga sus veces, a pagar al doctor José Francisco Collantes Gómez, tres días después de la ejecutoria de este fallo, las sumas que a continuación se relacionan y no las que por los mismos conceptos trae la sentencia apelada. a) Por concepto de cesantía por el tiempo servido, la suma de cinco mil quinientos cincuenta y cinco pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 5.555.55) M/cte.; b) Por concepto de primas de servicio, la cantidad de dos mil ochocientos ochenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos ($ 2.888.88) M/l. c) Por vacaciones causadas y no disfrutadas, la suma de dos mil setecientos setenta y siete pesos con setenta y ocho centavos ($ 2.777.78) M/l. d) Por concepto de salarios insolutos, el monto de dos mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 2.666.66); e) Por concepto de indemnización por mora en el pago, la suma de treinta y seis mil doscientos sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 36.266.67). Tercero. Declárase probada parcialmente la excepción perentoria de pago por consignación, en consecuencia, de las anteriores condenas podrá la Empresa demandada descontar la suma de dieciocho mil doscientos cuarenta y nueve pesos con cincuenta y seis centavos ($ 18.249.56) que el demandante ya tiene recibida. Cuarto. Confírmase la sentencia apelada en todo lo demás. Quinto. Sin costas en esta instancia".

Interpuso el recurso de casación el apoderado de José Francisco Collantes, el cual fue concedido por el Tribunal Superior. Admitido por esta Sala y tramitado legalmente, ha llegado la oportunidad de deci-

dirlo, lo que se hará previo el estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Pretende que se case el fallo recurrido y que como Tribunal de instancia esta Corporación declare en firme el fallo de primer grado.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la violación indirecta, a través de errores de hecho originados en la falta de apreciación de unas pruebas y la errónea apreciación de otras, de los artículos 1º, 21, 127, 249, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Como violación medio señala la del artículo 60 del Código Procesal del Trabajo.

Las pruebas que considera no apreciadas son una cinta magnetofónica grabada presentada por la parte demandante, que se encuentra al cuidado de la Secretaría, que fue decretada como tal por el **a-quo** en la primera audiencia de trámite (folios 56 y 63 del cuaderno principal), y la inspección ocular practicada en las oficinas de la sociedad demandada (folio 76 del cuaderno principal). Como prueba erróneamente apreciada indica los documentos que obran a folios 54 y 55 del primer cuaderno.

El error de hecho lo hace consistir el casacionista en que el Tribunal Superior no dio por demostrado, estándolo, que el demandante además del sueldo fijo de ocho mil pesos mensuales, devengaba una participación del 0,5% sobre el valor de actas de obra recibidas.

Refiriéndose a la cinta magnetofónica, dice el impugnador que en la audiencia celebrada en la segunda instancia, la parte demandante solicitó expresamente al Tribunal Superior la estimación de esa prueba para aclarar el punto objeto de la controversia, o sea la remuneración adicional del 0,5% sobre actas de recibo de obra, no obstante lo cual el sentenciador se limitó a decir que parece que hubo una charla telefónica entre el doctor Montoya Hoyos y el doctor Collantes Gómez, que fue grabada por éste último, "cuyo contenido lo anunció como prueba al presentar la demanda, sin que aparezca adjunto al proceso"; que en este aspecto el **ad-quem** ignoró que la cinta expresada se había presentado como medio de prueba y que como tal, había sido decretada, quedando al cuidado de la Secretaría, como consta al folio 63 del cuaderno principal; que es manifiesta la omisión del estudio de una prueba vital para los intereses del demandante, y que por esa violación del artículo 60 del Código Procesal del Trabajo, el **ad-quem** llegó a una conclusión contraria a la realidad, porque lo llevó a interpretar erróneamente la declaración del doctor Eduardo Montoya Hoyos.

Cuanto a la Inspección Ocular, afirma el impugnador que al practicarla se constató la existencia de la nota débito Nº 19215 (folio 76 del cuaderno principal), relacionada con el pago de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1969 y en la cual aparece lo siguiente: "En la liquidación de la Prima no se tuvieron en cuenta las participaciones"; que si tales participaciones no se debían, no tenía por qué hacerse referencia a ellas en un comprobante de contabilidad, y que por no apreciarla el Tribunal Superior, llegó a la conclusión diferente de que no existía prueba para la demostración del factor salarial del 0,5% sobre recibo de obra y su valor.

Respecto a la prueba que estima apreciada erróneamente, dice el recurrente que a folios 54 y 55 del cuaderno principal obran dos documentos en fotocopia, con firmas autorizadas debidamente autenticadas; que uno se refiere a la liquidación de participaciones sobre el valor de recibo de obra en actas, entre el 1º de septiembre de 1969 y el 10 de mayo de 1970, al 0,5%, y el otro se relaciona con el reajuste de prestaciones sociales incluido como factor de salario la participación del 0,5%; que al analizarlos el ad-quem manifestó que no se les puede dar el valor de confesión por carecer de fecha y constituir bases para un acuerdo conciliatorio, que no aparece propiciado en nin-

guna de las audiencias de la primera ni de la segunda instancia; que fueron apreciados erróneamente, pues en ellos no se habla de ninguna fórmula de arreglo, sino que se consigna un reconocimiento claro y expreso "por las causas y durante el tiempo a que se contrajo la litis".

El opositor hace reparos de carácter técnico a la formulación y desarrollo del cargo; luego se refiere a las pruebas que el recurrente considera como no apreciadas o apreciadas erróneamente; y en relación con la cinta magnetofónica manifiesta, en resumen, que la recepción o práctica de una prueba de tal naturaleza supondría la celebración de una audiencia a la que deberían concurrir "las personas de quienes se afirma intervinieron en la conversación grabada, a fin de que reconozcan sus voces y la realidad del hecho, tomándose nota escrita en la audiencia del texto fiel de la conversación y permitiendo, desde luego, a la parte contra quien se aduce la prueba, la impugnación de ella por los medios legales". Respecto a la inspección ocular, expresa que el Tribunal no sólo la apreció en forma inequívoca, sino que la valoró correctamente, por lo cual el cargo resulta contrario a la técnica del recurso y debe ser rechazado por este aspecto. Por último, dice el opositor que los documentos que obran en fotocopia no llevan fecha de expedición, como lo reconoció el ad-quem, que podía colegir, como lo hizo, que han podido ser producidos en época posterior a la extinción del contrato de trabajo con carácter proforma cuando se estaba tratando le conciliar las opuestas pretensiones entre las partes.

Se considera

En la primera audiencia de trámite, como corrección de la demanda, el apoderado del demandante manifestó: "Presento igualmente una cinta magnetofónica de una conversación telefónica celebrada entre el señor doctor Eduardo Montoya, Ingeniero residente de la firma demandada en la ciudad de Cúcuta, quien manifestando obrar con expresa autorización y a nombre de la compañía demandada, es decir de su Gerente, propuso como fórmula transaccional a mi mandante una liquidación transaccional para poner fin al diferendo laboral a que se contrae el presente litigio, sobre la base de un 0,4% sobre actas de recibo de obra". Posteriormente, en el decreto de pruebas, el juez del conocimiento ordenó que se tuviera como tal "una cinta magnetofónica que se encuentra al cuidado de la Secretaría".

Ahora bien: en la enumeración de documentos que hace el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, se encuentran las "grabaciones magnetofónicas". No señala dicho estatuto un trámite especial para la recepción de esta prueba. Por esta razón debe sujetarse a las normas generales, así como para su valoración. El artículo 269 de la misma obra, al referirse a los instrumentos sin firmas, a los cuales pueden asimilarse las grabaciones magnetofónicas, dispone que "los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueran aceptados expresamente por ella o sus causahabientes". En el caso en estudio no se produjo manifestación expresa de la parte demandada de que aceptaba como auténtica la grabación magnetofónica presentada por el apoderado del demandante, por lo cual carece de valor probatorio. De ahí que no puedan imputársele al Tribunal Superior, como lo hace el recurrente, la violación del artículo 60 del Código Procesal del Trabajo al omitir el estudio de la grabación magnetofónica, pues ese instrumento carecía de valor probatorio al tenor de lo dispuesto en el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil.

La inspección ocular, en cuanto en ella se constató la existencia de la nota débito Nº 195215, fue apreciada por el Tribunal Superior, como lo observa el opositor. Así, dijo el fallador de segunda instancia: "Tan cierto es esto, que en la inspección ocular del folio 75, al constatar el juez de la causa una nota de débito por concepto de primas de servicio del segundo semestre de 1969, encontró en el respectivo comprobante una leyenda que dice: "En la liquidación de la prima no se tuvieron en cuenta las participaciones". No se podían tener en cuenta las participaciones de que habla la nota de débito atrás referida, porque precisamente

se estaba charlando sobre ellas y las partes no habían llegado a nada concreto sobre el particular". Incurre el casacionista, por lo tanto, en una falta de técnica al señalar como origen del pretendido error de hecho, la falta de estimación de una prueba que sí fue apreciada por el Tribunal; en consecuencia no se estudiará el cargo en este aspecto de la impugnación.

En relación con los documentos que obran a folios 54 y 55, dijo el Tribunal: "En estos documentos que llevan certificación notarial de ser auténticos, aparece el número de actas correspondientes a la obra entregada y el porcentaje de 0,5% que sobre el valor de las mismas correspondía al doctor José Francisco Collantes, así como la liquidación de prestaciones sociales con base en el salario fijo de $ 8.000.oo mensuales, más el porcentaje referido, en el lapso en que duró el contrato de trabajo. Los documentos citados aparecen firmados por el Jefe de Personal y por el Revisor Fiscal de la Empresa, pero no llevan fecha de expedición. Todo parece dar a entender que las liquidaciones fueron hechas mucho tiempo después del Memorando de folio 47, el cual fue expedido el 29 de septiembre de 1970. Lo decimos, porque en el Memorando se afirma, como antes se dijo al transcribirlo, que el doctor Chávez había informado a la Empresa que por orden de la Gerencia y en vía de arreglo había ofrecido al doctor Collantes un porcentaje como participación del 0,3% sobre obra recibida, pero que éste no había sido aceptado por el actor porque él pedía el 0,5%. También, tuvo que haberse efectuado después de la consignación de prestaciones de folio 42, con la cual se puso fin al contrato de trabajo, y que lleva fecha 26 de septiembre de 1970, porque esta cantidad es inferior a la que aparece en las liquidaciones que contienen los documentos. Esta apreciación de la Sala la ratifican el dicho del Procurador Judicial de la Empresa demandada y la declaración del portador de los documentos para el doctor Collantes, doctor Eduardo Montoya Hoyos, la cual adelante se transcribirá. El primero afirmó ante la Sala que esas liquidaciones se hicieron tentativamente y proforma como propuestas de arreglo para acabar con el litigio y que no fue una, sino tres las que se realizaron, con porcentajes del 0.2, 0.3, y 0.5%, pero que el doctor Montoya Hoyos, encargado de proponerlas al doctor Collantes, por cuestión de colegaje, le presentó la última o sea, la que ha traído a los autos el demandante como presunta prueba de confesión de deber a cargo de la Empresa. Que ésto no ha sido ninguna confesión, sino el ofrecimiento de arreglo, el cual no aceptó el doctor Collantes".

A juicio de esta Corporación, el Tribunal Superior apreció correctamente los documentos aludidos, porque ellos no demuestran en forma inequívoca que la sociedad demandada aceptó que en realidad hubiese pactado con el doctor Collantes Gómez una remuneración adicional del 0,5% sobre el valor de las actas recibidas. Además, sobre el origen de su expedición declaró el doctor Eduardo Montoya Hoyos, quien claramente expresa que las liquidaciones le fueron presentadas al demandante como fórmulas de arreglo. La deducción del ad-quem no contraría, en consecuencia, la evidencia de los hechos.

No habiéndose demostrado por el recurrente la existencia del error manifiesto de hecho que le atribuye al Tribunal Superior, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Acusa la sentencia recurrida de violar indirectamente, a través de errores de hecho, los artículos 55 del Código Sustantivo del Trabajo, 1603 del Código Civil y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al sustentar la acusación el impugnador transcribe el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, y argumenta así:

"2º. Para llegar a modificar la condena por salarios de mora proferida por el a-quo, el fallador de segunda instancia, estima: a) Que fue equivocado el juicio del a-quo, por cuanto se fundamentó en la mala fe del demandado al no consignar lo referente al valor del 0,5%; b) Que la demandada consignó $ 18.249.56, o sea una cantidad mayor

de la debida, por lo cual no es posible aplicar a cargo de la Empresa la sanción del artículo 65 del C. S. T. a partir de la fecha de la consignación, porque toda suma a favor del trabajador, se encuentra cancelada; c) Que la Empresa no puede alegar plazo razonable para ser exonerada del pago de salarios de mora, entre el 10 de mayo de 1970, fecha de la terminación del contrato de trabajo y la consignación hecha el 25 de septiembre del mismo año, por haber negado al demandante el derecho a reclamar sumas diferentes a los valores resultantes en materia de prestaciones del salario fijo de $ 8.000.oo en este tiempo, habiendo sido lo procedente efectuar en tiempo la consignación. 3º. Para fundamentar los anteriores razonamientos el ad-quem estima que los memorandos (Fl. 43-47 cuaderno principal), contienen la negativa de la Empresa a reconocer salario diferente al de $ 8.000.oo. Tal apreciación de esta prueba es errónea, por cuanto en dichos memorandos sí se habla del extremo salarial del 0,5% lo que hubiera quedado aclarado, si se estiman por el fallador de segunda instancia, las pruebas de los folios 63 y 75, y se estiman las de los folios 54 y 55 en este respecto. Igualmente aprecia erróneamente la prueba de consignación folio 42 (todos los folios citados del cuaderno principal), afirmando que la Empresa no debe nada al trabajador y que pagó de más, cuando en dicho comprobante, se hace una consignación de una suma global, sin determinar el cuantum, por cada concepto prestacional. De todo lo anterior, o sea por errada interpretación de prueba, el fallador de segunda instancia en el fallo acusado incurrió en manifiesto error de hecho y consecuencialmente violó de manera indirecta disposiciones sustanciales de derecho, las cuales paso a señalar: El artículo 55 del C. S.T., que consagra el principio de la Buena Fe en las relaciones contractuales laborales y en general en la relación laboral; la misma norma contenida en el artículo 1603 del C. C., pues es claro que no obra en tal forma quien niega el reconocimiento y pago de parte del salario remitiéndose a pretendidos arreglos conciliatorios, que no constan en el expediente; por la misma causa el fallo acusado viola la norma del artículo 65 del C.S.T. la cual consigna a cargo del patrono la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, bajo la sanción de pagar salarios de mora, en el evento de no hacerlo en los términos y condiciones determinados en la Ley, como ha ocurrido en el presente caso".

Se considera

Las condenas que el Tribunal Superior profirió contra la sociedad demandada por concepto de auxilio de cesantía, primas de servicios, vacaciones causadas y no disfrutadas y salarios insolutos, ascendieron a un total de trece mil ochocientos ochenta y ocho pesos con 87/100 m. l., ($ 13.888.87). Como el patrono consignó a favor del trabajador una suma igual a dieciocho mil doscientos cuarenta y nueve pesos con 56/100 ($ 18.249.56), el ad-quem declaró probada la excepción perentoria de pago por consignación por dicha cantidad, que había sido recibida por el trabajador. Sin embargo, en vista de que la consignación se hizo el 20 de octubre de 1970, condenó también al pago de la indemnización por mora hasta esa fecha, aplicando correctamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

No habiendo prosperado el primer cargo de la demanda que se estudia, que persigue el pago de una suma por participaciones y el correspondiente reajuste de las prestaciones los fundamentos del Tribunal Superior en relación con la indemnización moratoria conservan su validez, y en consecuencia tampoco prospera el cargo segundo, por cuanto no puede predicarse mala fe del patrono por el tiempo transcurrido después de la consignación, pues nada debía a partir de ella de acuerdo con la decisión del ad-quem, que no ha sido quebrantada a través del recurso de casación. Por lo 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 recurrida dictada el veintinueve de febrero de mil nove-

cientos setenta y dos por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 21 de septiembre de 1972, declara totalmente inexequible el fallo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo entre Flota Angulo Ltda., y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., 21 de septiembre de 1972.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

La Unión Sindical de Choferes del Atlántico presentó el 15 de diciembre de 1970, previa denuncia de la Convención Colectiva de 5 de febrero de 1969, un pliego de peticiones a Flota Angulo Ltda.

Las conversaciones en la etapa de arreglo se iniciaron el 11 de enero de 1971 y terminaron el 27 del mismo mes y año, sin que se hubiese llegado a acuerdo alguno sobre los puntos del pliego petitorio.

La etapa de conciliación se inició el 5 de febrero de 1971 y terminaron el 15 de marzo del mismo año, habiendo mediado una suspensión por enfermedad de uno de los conciliadores y una prórroga de diez días acordada por ambos conciliadores, sin que se hubiesen acogido las fórmulas conciliatorias.

Por Resolución Nº 02553 de 22 de septiembre de 1971 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio que sesionaría en Barranquilla, para que estudiara y decidiera el diferendo laboral colectivo existente entre la Empresa Flota Angulo Limitada y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico; dispuso que las partes designarían el árbitro que les correspondía, y que el tercero sería escogido por los dos árbitros de común acuerdo dentro de las 48 horas siguientes a su posesión. En la Resolución Nº 02953 de 2 de noviembre de 1971 el Ministerio de Trabajo integró el Tribunal con los doctores José Andreis F., designado por la empresa y Abel Berdejo Viana, designado por el Sindicato. Posteriormente, en Resolución Nº 03440 de 20 de diciembre de 1971 aprobó la designación que los doctores José Andreis F. y Abel Berdejo Viana hicieron de árbitro tercero al doctor Hernán Mauri Castro, a quien se dio un término de dos días para aceptar, tomar posesión del cargo en la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico y entrar en funciones.

El Tribunal de Arbitramento constituido en virtud de las Resoluciones del Ministerio de Trabajo a que se ha hecho referencia, inició sus funciones el treinta y uno de enero de mil novecientos setenta y dos, habiéndose reunido por segunda vez el nueve de febrero del mismo año.

Por Resolución Nº 0579 de 21 de marzo de 1972 el Ministerio de Trabajo y Seguridad amplió en cuarenta días el término para fallar del Tribunal de Arbitramento Obligatorio, contados a partir de los diez días fijados por la ley, aduciendo como antecedente la solicitud que por medio de radiogramas de fechas once de febrero y dos de marzo de 1972 le hizo el Tribunal de Arbitramento.

El Tribunal de Arbitramento Obligatorio continuó sesionando en diferentes fechas, y el veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y dos profirió el fallo que puso fin al conflicto para cuya solución fue convocado, laudo contra el cual interpuso el recurso de homologación el Gerente de Flota Angulo Ltda., cuando le fue notificado.

Llegado el expediente a esta Superioridad, se observó que faltaban algunos antecedentes los que se solicitaron al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en providencias de doce de mayo y trece de julio de mil novecientos setenta y dos; los documentos solicitados en la última providencia se allegaron a los autos el siete de septiembre del año en curso.

El recurso

El apoderado de Flota Angulo Limitada plantea dos peticiones, una principal y la otra subsidiaria, que se estudiarán en su orden.

Petición principal

"El objeto del recurso se orienta a que la H. **Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral,** declare **nulo** el mencionado **Laudo Arbitral** por haber sido expedido fuera del término legal para ser pronunciado".

Fundamentación

1). Se trata de un conflicto colectivo de intereses en la actividad laboral del transporte, donde por mandato de la Constitución y la Ley, tratándose de un servicio público, el diferendo que no pudo solucionarse en las etapas de arreglo directo y conciliación, debe someterse obligatoriamente al arbitraje obligatorio. 2) En cumplimiento de la ley, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procedió a constituir el tribunal mediante Resolución Nº 02553 del 22 de septiembre de 1971; a integrarlo con los dos árbitros propuestos por las partes en virtud de la Resolución Nº 02953 del 2 de noviembre de 1971; a aceptar la designación del árbitro tercero por Resolución Nº 03440 del 20 de diciembre de 1971, con lo cual el Tribunal quedó en capacidad y obligación legal de actuar. 3) Según el artículo 459 del C.S.T. '**Los árbitros proferirán el fallo dentro de diez (10) días, contados desde la integración del Tribunal.** Las partes podrán ampliar este plazo'. 4) El Tribunal que nos ocupa se instaló el día 31 de enero de 1972, según consta a folio 5 del expediente. 5) El deseo del legislador fue lograr la pronta solución de los conflictos colectivos económicos y por eso estableció un **término corto** para fallar el diferendo, ya que se trata de servicios públicos, donde no es conveniente que se prolongue el estado de conflicto por largos períodos. 6) Esta previsión legislativa que está en concordancia, además, con el deseo de una pronta y eficaz administración de justicia propio de los fines estatales y para todas las jurisprudencias, ha sido desvirtuada parcialmente por una lata interpretación jurisprudencial con la cual no me muestro conforme: a) En primer término, donde la Ley estableció que el plazo perentorio para fallar de diez (10) días se contaría desde la **integración** del Tribunal Arbitral, la Corte estableció que debería entenderse **instalación,** que no es lo mismo (Cfr. fallo 14 de abril de 1961, G.J. 239, p. 673). **Esta resulta de dilaciones y demoras en la administración de justicia en esta materia.** b) En segundo lugar, donde la Ley en forma **expresa, clara, indubitable,** confirió, **exclusivamente** a las partes, la facultad de ampliar el plazo perentorio para fallar de diez (10) días, la Corte agregó que además de ellas el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social estaba revestido de esta trascendental facultad (Cfr. fallo 12 de diciembre de 1957, G.J. 2188/89/90, Pág. 795). Esta nueva jurisprudencia, desconoce el afán legislativo de la rápida solución del conflicto, en donde si las partes no estiman conveniente a sus intereses en el conflicto colectivo dilatarlo, especialmente los trabajadores a quienes la ley da especial protección, este no puede ampliarse. **Con esta creación jurisprudencial los conflictos de este tipo se vienen prorrogando continuamente y durante largos términos.** Es una solución típica 'contra legem'. 7) Sin desconocer estas jurisprudencias creo que la Honorable Corte debe estudiarlas nuevamente y **rectificarlas,** para regresar al proceso y jurisdicción arbitral para este tipo de conflictos a la concepción prístina del legislador, de que sean resueltos en términos perentorios, lo suficientemente rápidos para traer la apetecida paz social. b) Sobre la base del **cambio jurisprudencial,** que respetuosamente solicito, acuso el fallo cuestionado, por haberse producido **fuera de término,** extemporáneamente, perdida la competencia, dando por resultado un laudo totalmente **nulo.** 9) Así las cosas, tendría-

mos que si el Tribunal quedó integrado el 20 de diciembre de 1971, con la expedición de la Resolución 03440 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, los 10 días de que habla el artículo 459 del CST, vencieron el lunes 3 de enero de 1972. Si el fallo se pronunció el 27 de marzo de 1972, es él notoriamente extemporáneo. 10) Igualmente, es nulo, por cuanto las partes no prorrogaron antes de su vencimiento, dicho término. 11) Según se desprende de autos, el Tribunal vino a comenzar sus trabajos treinta y tres días (33) después de integrado sin motivo justificativo alguno, y me refiero lógicamente a días hábiles, pues computados calendariamente, el Tribunal vino a instalarse sin razón justificativa que se vea ostensiblemente en los autos, cuarenta y dos (42) días después de integrado, prolongando inmotivadamente la solución del conflicto colectivo. 12) Pero, aún dando por válidas las doctrinas de la Corte Suprema sobre cómputo del término de 10 días a partir de la instalación y no de la integración, se tiene que el Tribunal arbitral se instaló el 31 de enero de 1972. (Fl. 5 del Exp. y el término igualmente el 10 de febrero de 1972 sin que el fallo se hubiese producido dentro de él. 13). Este día el Tribunal perdió su competencia y al no fallar, el laudo pronunciado posteriormente carece de toda validez y es nulo en forma absoluta. 14) No puede aducirse, aún dando por válida la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, acerca de que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social pueda prorrogar el término perentorio de diez días de que habla sin dudas el artículo 459 CST, que éste puede usar de esa preciosa facultad vencido el plazo para fallar. 15) Si el plazo vence, el Tribunal pierde competencia y termina. Como ocurre en materia de sociedades, por ejemplo, vencido el término de duración, la sociedad se disuelve y no pueden las partes, vencido el término y disuelta la sociedad, prorrogar su duración, mantener su vida. Tendrá que liquidarse la sociedad y volver a constituirse (Cfr. Art. 218 Nº 1º C. Co.). 16) Se trata de un término legal y no judicial, ya que es la ley la que le ordena al juez (en este caso a los árbitros) el plazo perentorio dentro del cual debe fallarse. 17) El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, según se desprende de los autos prorrogó el término de los diez días legales (según la facultad reconocida por la Corte) a cuarenta más, por resolución pronunciada o expedida el 21 de marzo de 1972 y que lleva el número 00579. 18) Esta Resolución extemporánea, posterior en mes y medio a la fecha de expiración del término legal, no puede ni tiene la virtud de revivir lo fenecido, no puede darle nueva vida al Tribunal Arbitral cuya competencia ya había expirado. 19) Como consideración adicional debo señalar que si bien en ella se hace mención de que los árbitros pidieron prórroga no existe en actas que no son sino una docena, que se hubiese decidido por el Tribunal pedir prórroga al Ministerio del Trabajo. 20) Es preciso que se deje claramente establecido por la Corte Suprema si insiste en mantener su jurisprudencia sobre facultades del Ministerio del Trabajo de prorrogar o ampliar los plazos legales, además de las partes, de que esta facultad no puede usarse ad libitum, fuera del término original, vencido el plazo, y con un pretendido efecto retroactivo, cuya principal misión es revivir lo fenecido. 21) El nuevo Código de Procedimiento, Civil, que introdujo modificaciones al antiguo proceso civil, y el arbitramento en materias de derecho privado, adoptó instituciones que corresponden al derecho procesal contemporáneo, ya adoptadas y consideradas como propias por el derecho procesal del trabajo. Entre ellas, creó el recurso de anulación del laudo, referido a los laudos arbitrales en tal derecho. (Cfr. artículo 672 CPC) y que corresponde en parte a nuestra homologación laboral. Obviamente una causal del recurso y de la anulación de tales laudos es la de 'haberse expedido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral'. (Causal 5ª, artículo 672 CPC). 22) En dicha obra se recuerda que el término puede prorrogarse de común acuerdo por las partes por término fijo '...antes de su vencimiento'. (Artículo 669 Inc. 1º CPC obra y norma que recuerda que las funciones del Tribunal cesarán '4º Por la expiración del término para finalizar el proceso'. 23) Analógicamente, la prórroga de las partes (o del Ministerio en su caso según la jurisprudencia

cia de la Corte) debe hacerse **antes del vencimiento del término**, lo que se refuerza además por la lógica jurídica y la doctrina. Así pido que lo declare la Corte Suprema".

Para el opositor "se llenan los presupuestos de competencia, capacidad para ser parte, capacidad para intervenir en juicio y pronunciamiento del laudo en tiempo oportuno y en debida forma, que son las exigencias que la ley establece para que el proceso surja exento de vicios de procedimiento, que invalide la actuación".

Se considera

Son tres los argumentos en los cuales fundamenta el impugnador la solicitud de que se declare la nulidad del laudo: que para efectos del término señalado en el artículo 459 del Código Sustantivo, los diez días deben contarse a partir de la fecha de integración y no de la instalación del Tribunal de Arbitramento; que únicamente las partes son las que están facultadas para prorrogar el término en que ha de producirse el fallo, y, por último, que en el caso en estudio la prórroga se produjo cuando ya estaba vencido el término de diez días.

En relación con los dos primeros argumentos esta Corporación ha sostenido, como también lo sostuvo el Tribunal Supremo del Trabajo que los diez días de que habla el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo, deben contarse a partir de la instalación del Tribunal de Arbitramento, porque es en esa fecha cuando en realidad se ha producido su integración con la presencia conjunta de todos los árbitros, y que el Ministerio del Trabajo está facultado para conceder la prórroga, por ser esta entidad la que convoca los Tribunales de Arbitramento Obligatorio. No encuentra la Sala convincentes los argumentos del recurrente para que se varíe la jurisprudencia sobre el particular, que fue ratificada en providencia del veinte de agosto de mil novecientos setenta, dictada en el recurso de Homologación en el cual fueron partes la Clínica Bogotá, S. A. y su Sindicato de Trabajadores. Dijo así esta Corporación:

"La facultad de ampliar el plazo del término para fallar corresponde, pues por derecho propio que la ley les otorga y la doctrina laboral reconoce, sin lugar a controversia, a las partes mismas del diferendo colectivo, en cualquiera de las dos especies de arbitramento, el voluntario o el obligatorio. Por extensión, dada la naturaleza específica del arbitraje obligatorio, se admite en este último igual facultad para el Ministerio del ramo, porque si la ley es la fuente generadora de este tipo de arbitraje, no podría depender de la voluntad exclusiva de las partes la ampliación del plazo en caso de que los árbitros la necesiten para pronunciar su fallo con pleno conocimiento de causa, de modo tal que, aunque las partes se negaran a concederla, el Ministerio podría otorgarla con entera autonomía. Revisada en el sub lite la oportunidad del fallo arbitral, se observa que los árbitros se instalaron el 18 de mayo de 1970, fecha que reviste suma importancia, porque ella fija el momento en que el Tribunal completó su integración y estuvo en capacidad real y efectiva de acometer su encargo. Por tratarse de un acto jurídico complejo, en efecto, la resolución ministerial que designa los árbitros inicia apenas la etapa de integración; producida la resolución, ella puede ser materia de impugnación; una vez en firme, los miembros del Tribunal han de ser notificados, deben manifestar su aceptación o rechazo, pueden ser recusados por las partes y están obligados a tomar posesión del mandato; y en últimas, deben instalarse formalmente, momento este en que culmina realmente el acto de integración y comienza a contarse el plazo que tienen los árbitros para emitir su fallo. La Corte reafirma así, con este sentido y alcance, lo que una antigua doctrina suya había expresado en síntesis: 'No basta que los árbitros acepten y tomen posesión de sus cargos para que se entienda integrado el Tribunal de Arbitramento, sino que es preciso que éste se instale, mediante la reunión de la totalidad de sus miembros'. (Homologación de 14 de abril de 1961. G.J. XCV Nº 2239, Pág. 675)".

Respecto al tercer argumento estima la Sala que si la prórroga se solicita por los árbitros dentro del término que tienen para fallar, ella es válida aún cuando el Ministerio del Trabajo o las partes la concedan

con posterioridad al vencimiento, de acuerdo con las reglas generales que rigen la ampliación de los términos.

De acuerdo con este criterio, se estudiará, si la prórroga fue solicitada dentro del término de diez días a que se refiere el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo, no sólo porque lo insinúa el recurrente en su demanda y lo concreta posteriormente en escrito adicional, sino también porque la oportunidad o extemporaneidad en la expedición del laudo es cuestión básica para establecer su regularidad, que debe previamente definirse aun de oficio, como lo ha señalado la Corte.

Consta en autos que el Tribunal de Arbitramento se instaló, con asistencia de todos los árbitros, el 31 de enero de 1972 (folio 5); que la segunda sesión se realizó el nueve de febrero del mismo año (folio 5), y de ahí en adelante volvieron a reunirse los árbitros el diez y ocho de febrero (folio 15), el veintiuno (folio 20), veintidós (folio 25), veintitrés (folio 30), veinticuatro (folio 32), veinticinco (folio 34) de febrero, diez y siete (folio 36), veinte (folio 38) y veintisiete (folio 41) de marzo de mil novecientos setenta y dos, fecha en que se expidió el fallo arbitral.

Habiéndose instalado el Tribunal de Arbitramento el 31 de enero de 1972, los diez días que concede el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo, contados a partir de esa fecha, vencían el 10 de febrero del mismo año, descontados el día 6 de febrero, por ser domingo. En las actas correspondientes a las sesiones de treinta y uno de enero y nueve de febrero no se encuentra constancia alguna de la decisión de los árbitros para solicitar prórroga del término legal dentro del cual debían proferir el fallo. Unicamente aparece en la Resolución 00579 de 21 de marzo de 1972, originaria del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, que el Tribunal de Arbitramento solicitó la prórroga en radiograma de once de febrero de 1972, ratificada la solicitud por radiograma de dos de marzo del mismo año.

La Sala, entre los documentos solicitados como antecedentes del laudo, pidió al Ministerio del Trabajo copias de los radiogramas a que se refería la Resolución, los cuales fueron enviados y obran a folios 135 y 136 del expediente. El primero es del siguiente tenor: "Barranquilla 11 de febrero de 1972. Doctor Crispín Villazón de Armas. Ministro del Trabajo. Bogotá. A petición presidente Tribunal Arbitramento Obligatorio Flota Angulo y Unión Sindical Choferes Atlántico Punto Solicito prórroga diez días dicho Tribunal Punto Atentamente (Fdo.) José Domingo Pumarejo Daza. Jefe División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico".

Del anterior mensaje se desprende lo siguiente: que la petición de prórroga al Ministerio del Trabajo, por conducto de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, se hizo el 11 de febrero de 1972, cuando ya había vencido el término de diez días que tenía el Tribunal para fallar, y que fue el Presidente y no todo el Tribunal, el que hizo la solicitud de ampliación, sin que se determinara el tiempo por el cual se solicitaba la prórroga. La petición contenida en el radiograma de 2 de marzo de 1972, obviamente también fue elevada cuando el término para fallar estaba vencido.

De modo que habiéndose solicitado la prórroga al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social cuando se encontraba vencido el término cuya ampliación se solicitaba, la Resolución del Ministerio del Trabajo dictada el 21 de marzo de 1972, exageradamente demorada además, no podía revivir el plazo que había fenecido sin que los árbitros conjuntamente, como deben producirse todos sus actos para que tengan validez, según el artículo 456 del Código Sustantivo del Trabajo, hubiesen solicitado al Ministerio del Trabajo o a las partes la ampliación del mismo.

Aparece demostrado claramente que la sentencia arbitral, dictada el 27 de marzo de 1972, fue proferida fuera del término señalado en el Art. 459 del Código Sustantivo del Trabajo, que no fue prorrogado legalmente. En consecuencia, el laudo recurrido no tiene vigencia jurídica, por haber sido expedido cuando el Tribunal de Arbitramento carecía de jurisdicción.

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, DECLARA TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral proferido el veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para dirimir el conflicto colectivo entre Flota Angulo Limitada y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo. Cúmplase.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.,

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HONORARIOS PROFESIONALES. ERROR DE HECHO

En las condiciones examinadas constituye error evidente de hecho el apreciar que el vínculo entre la Clínica Samper y el Doctor Valencia Jiménez fue de carácter laboral, frente a manifestación inequívoca de sus celebrantes —que se encuentra corroborada después por la forma real como se le ejecutó—, de que el segundo prestaría sus servicios, para Coldesa, como profesional independiente, por sí mismo o por medio de otro médico de reconocida capacidad, lo que destruye todos los elementos que inicialmente podrían hacer presumir un contrato de la naturaleza que se invocó para la litis, pues aquel concierto —y su realización posterior—, fue para un desempeño que ni había que cumplir personalmente, ni bajo continuada subordinación ni, en fin, con retribución que constituyera salario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintidós de septiembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por Rafael Samper y la Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola S. A. (Coldesa) contra la sentencia que dictó, el 23 de noviembre de 1971, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinario de trabajo que les promovió solidariamente Rodrigo Valencia Jiménez, litigantes de las condiciones que, junto con las de sus apoderados, registra el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4.133.

En la litis el demandante suplicó cesantía, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, indemnización por haber dado lugar los demandados a que aquél terminase unilateralmente el contrato de trabajo y las costas en caso de oposición, peticiones que fundamentó en los siguientes hechos:

"1º. El doctor Rafael Samper me contrató para trabajar al servicio de la empresa 'Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola S. A.' —Coldesa—, a fin de prestar atención médica y quirúrgica a los trabajadores de la expresada empresa Coldesa S. A., así como a los familiares de éstos.

"2º. En virtud de los anteriores presupuestos empecé a laborar en las dependencias de Coldesa S. A., en el municipio de Turbo, el día 28 de enero de 1967, hasta el día 15 de diciembre de 1969, fecha en la cual me desvinculé en la forma como lo expresaré más adelante.

"3º. Soy doctor en Medicina y Cirugía, título académico que me otorgó la Universidad de Antioquia. Poseo el registro No. 1226.

"4º. De conformidad con mi profesión de médico y cirujano, durante el tiempo antes indicado estuve prestando atención médica y quirúrgica a los trabajadores de Coldesa S. A., y a los familiares de éstos, determinados desde luego por Coldesa S. A. La atención médica y quirúrgica que le prestaba a los trabajadores de Coldesa S. A., tenía que ser con prelación sobre los pacientes o enfermos particulares, que el suscrito también atendía.

"5º. Los servicios se prestaban en locales o dependencias de Coldesa S. A., con equipos y elementos de trabajo de la misma y en horario fijado igualmente por la referida empresa. Asimismo la referida em-

presa Coldesa S. A., me transportaba todos los días de mi residencia en Turbo al consultorio médico ubicado en sus instalaciones y en el cual prestaba mis servicios.

"6º. Durante todo el tiempo que estuve trabajando al servicio de Coldesa S. A., o sea aproximadamente tres años, laboré todos los días, con diversos horarios.

"7º. El último horario de trabajo que me fijó Coldesa S. A., era el siguiente: de 8.00 a 9.30 para los trabajadores de Coldesa S. A., y de 10.30 a 1.00 p.m., para los familiares de los trabajadores de Coldesa S. A. Tal horario comprendía o era para todos los días de la semana, excepto los domingos.

"8º. Fuera de los horarios fijados, tenía obligación de atender y de hecho atendí en mi consultorio particular, los casos más urgentes que se presentaban fuera de los horarios fijados o en los días feriados.

"9º. Entre mis obligaciones se comprendía también el tenerle que dar el 'visto bueno' a toda cuenta o factura que, por drogas, especialistas, hospitalización, servicios médicos de urgencia, se le presentara a Coldesa S. A., para el pago.

"10. Por los servicios prestados en la forma como lo he venido relatando se me pagaba la suma de $ 5.500.oo mensuales. Fuera del salario en especie y que consistía en la residencia o casa que se me proporcionaba para mi habitación. Tal habitación se me proporcionó durante todo el tiempo que estuve prestando o laborando para Coldesa.

"11. La casa de que hice mérito en el punto anterior es de propiedad de Coldesa S. A., y está ubicada en este municipio en la carrera Cacique de Urabá y alindada así: por el frente con la expresada carrera, por el sur lindando con predio que es o fue del doctor Elías Fernández, por el norte con propiedad del vendedor Urrego Sierra y por el occidente con propiedad de Sinforoso Vargas (sucesores). Tal inmueble está ubicado en frente al Hospital San José, de Turbo.

"12. El 15 de diciembre de 1969, me desvinculé del servicio de Coldesa S. A., por justa causa, como lo fue el que se me negara pagarme las prestaciones sociales que, insistentemente solicité se me reconocieran y pagaran, puesto que, mi relación contractual con Coldesa S. A., estuvo tipificada por un indiscutible contrato de trabajo y sometido por consiguiente a las normas que regulan la materia.

"13. Durante el tiempo que estuve laborando al servicio de Coldesa S. A., no se me pagó prima de servicios, ni vacaciones, ni las demás prestaciones extralegales que existen en la sociedad demandada. Tampoco se me pagó al momento de mi retiro las cesantías, ni la indemnización a que tengo derecho por haber dado la sociedad demandada motivo para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, como fue la negativa a pagarme los conceptos que reclamo por medio de este libelo".

Subsidiariamente, para el caso de que en el juicio no se demostrare la solidaridad, el actor solicitó que las condenas se hicieran contra el codemandado con el cual apareciere demostrada la relación contractual.

Los demandados se opusieron a las pretensiones reseñadas, conforme a los escritos que corren a folios 18 a 20 y 37 a 40 del cuaderno primero del expediente, y, tramitada la controversia, el Juzgado Laboral del Circuito de Turbo, que fue el del conocimiento, la decidió en fallo del 24 de abril de 1971, así: "Condénase a la empresa denominada 'Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola S. A.' —Coldesa—, y al señor Rafael Samper, con domicilio la primera en este Municipio y el segundo, con domicilio en Bogotá D. E., a reconocer y pagar dentro de los tres días siguientes dentro (sic) de la ejecutoria de la presente, en favor del doctor Rodrigo Valencia Jiménez, y en forma solidaria a las cantidades de dinero por los conceptos que se especifican así:

"A la cantidad de ocho mil cuatrocientos ochenta y dos pesos con diez y ocho centavos ($ 8.482,18) por auxilio de cesantía.

"A la cantidad de seis mil pesos moneda legal ($ 6.000.00) por concepto de vacaciones compensadas.

"A la cantidad de ($ 8.482.18) ocho mil cuatrocientos ochenta y dos pesos con diez y ocho centavos, por concepto de prima de servicios.

"Se absuelve a las mismas personas demandadas de las pretenciones (sic) restantes que les fueron formuladas por el actor del presente juicio doctor Rodrigo Valencia Jiménez.

"Las costas en la presente instancia en un cincuenta por ciento (50%) para la parte patronal. Tásense en su oportunidad por la secretaría".

Por apelación de los apoderados de las partes, el Tribunal mencionado de Medellín, en sentencia de la fecha igualmente indicada resolvió:

"Se confirma la sentencia de que se ha hecho mérito en cuanto condenó al doctor Rafael Samper y la "Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola S. A. —Coldesa—", en forma solidaria, a pagar al doctor Rodrigo Valencia Jiménez cesantía, vacaciones, primas de servicio, costas y en cuanto absolvió por despido injusto, con la reforma de que por cesantía deberá pagar la demandada al demandante diez y siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 17.869.58), por vacaciones diez mil cuatrocientos veintitrés pesos con sesenta centavos ($ 10.423.60), por prima de servicios diez y siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 17.869.58) y doscientos seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 206.66) diarios, por mora en el pago de las prestaciones sociales hasta cuando se verifique el pago y con el agregado de que se condena en costas a la parte vencida, en esta segunda instancia. En su oportunidad se liquidarán".

El recurso extraordinario

Recibido en legal forma persigue la casación de la sentencia del ad-quem "para que la H. Corte, en sede de instancia, revoque la de primer grado, dictada por el Juzgado del Circuito Laboral de Turbo el 24 de abril de 1971, en cuanto a las condenas por cesantía, vacaciones, primas de servicio y costas y en su lugar absuelva a mis mandantes de tales condenas, y para que la confirme en lo atinente a las demás absoluciones".

Para estos efectos se formulan tres cargos, principal el primero y subsidiarios los otros dos, concretados éstos a la indemnización moratoria, extremo que también está contenido en aquél, mediante la cita del texto legal y la censura correspondientes. El escrito del opositor fue presentado fuera de término.

Primer cargo

Con apoyo en la causal primera y por la vía indirecta, acusa, por aplicación indebida, la violación de los artículos 22, 23, 24, 34 (con la modificación del 3º del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968), 35, 43, 127 y 129 C. S. T., y consecuencialmente, por el mismo concepto, de los artículos 186, 189 (con la reforma de 1965, Decreto 2351, texto 14), 249, 253 (con la modificación del Decreto 2351 /65-17), 306 y 65 del mismo estatuto.

En estas infracciones incurrió el sentenciador por errores evidentes de hecho, a causa de la equivocada apreciación de los documentos auténticos visibles a folios 10, 11 y 12, 13 y 90, 14, 15 y 16, 29 y 30, 32 y 50 del cuaderno primero, y de la falta de apreciación de los que obran a los folios 31, 34, 35, 36, 80, 81 a 84, 85 y 86 del mismo cuaderno.

Tales errores consistieron en dar por demostrado, sin estarlo, que el doctor Rodrigo Valencia Jiménez se obligó a prestar siempre sus servicios personales, y así los prestó; que estuvo subordinado en esa prestación de servicios a ambos demandados o a cualquiera de ellos; que ambos demandados obraban de acuerdo para 'regular' dicha prestación; que ambos le impusieron los horarios para la misma; que le suministraron la totalidad de los medios, equipos e instrumentos de labor; que se obligaron a pagarle como último salario $ 5.500 mensuales, más el salario en especie consistente en el suministro gratuito de habitación; que ambos demandados tuvieron el ánimo de 'disfrazar' de civil un contrato laboral 'para eludir' con ese contrato el pago de las prestaciones sociales, y que por tanto obraron de mala fe.

Y en no dar por demostrado, estándolo, "que el demandado Samper, y no Coldesa, fue quien escogió y contrató al actor para la prestación autónoma de los servicios mé-

dicos a los trabajadores de Coldesa y sus familiares, servicios que la Clínica Samper se había comprometido a suministrar por un precio fijo; que Samper facultó al actor para prestar aquellos servicios por sí mismo o 'por medio de un profesional de reconocida capacidad'; que Samper no se obligó a darle al actor habitación como salario en especie, sino a facilitarle, en la ciudad de Turbo, una casa donde pudiera habitar y montar su consultorio particular, a título de arrendamiento; que el cambio de horario no le fue impuesto al actor sino discutido y convenido con él; que siendo de resultado el contrato que Coldesa celebró con la Clínica Samper, no le interesaba informarse de la clase de contratos que ésta tuviera con el médico escogido por ella, sino recibir el servicio; que durante los tres años de su permanencia en Turbo, el actor estuvo cumpliendo su compromiso a sabiendas de que no tenía derecho a descansos remunerados ni a primas semestrales ni a vacaciones pagadas, y sin quejarse de ello, pues así lo había pactado con la Clínica; que sólo al terminar su relación con ésta, el médico actor formuló sus dudas y posibles reclamos, por lo que convino con Samper que hiciera la consulta al Ministerio del Trabajo, habiendo conceptuado el Ministerio que aquella relación había sido civil y no laboral; y que tanto Coldesa como el demandado Samper obraron en todo tiempo con la más absoluta buena fe".

Agrega el recurrente que a esos errores también contribuyó la falta de apreciación de la confesión del doctor Valencia en su demanda inicial, y la equivocada apreciación de las posiciones absueltas por el representante de Coldesa, Anton Van Bommel, a folios 57 y 58.

El acusador examina las probanzas reseñadas, para demostrar aquellos errores evidentes y concluye:

"Y de no haber incurrido en ellos el sentenciador, no habría calificado como de trabajo un contrato civil de prestación de servicios profesionales autónomos (Arts. 22, 23 y 24 del código), ni habría encontrado solidaridad entre Coldesa, cuyas actividades normales no son la atención médico-quirúrgica de nadie, y Samper, verdadero contratista independiente (Arts. 34 y 35). Es obvio que Coldesa al contratar con una Clínica y ésta al preferir para un trabajo en el extremo opuesto del país el tipo de contrato profesional autónomo, con libertad de ejercer la profesión en consultorio particular y sin control ninguno, buscaron los medios lícitos de no gravarse con prestaciones laborales. Pero son contratos autorizados por la ley, que no conllevan la mala fe ni el ánimo doloso de engañar al profesional libre. La indebida aplicación de esas normas mencionadas, condujo necesariamente a la aplicación indebida de las que mandan a los patronos pagar a sus trabajadores las vacaciones (Arts. 186 y 189), las primas de servicio (Art. 306) y la cesantía (Arts. 249 y 253). Pero sobre todo condujo a la aplicación, no sólo indebida sino realmente monstruosa, de la sanción prevista en el Art. 65 del Código a un caso en que, apenas con base en tamaños errores de hecho y en la deliberada consideración de pruebas documentales irrebatibles, puede atribuirse mala fe a mis mandantes".

Se considera

Del material probatorio que estudió, el Tribunal dedujo que entre el doctor Rodrigo Valencia y las personas demandadas existió un contrato de trabajo, que duró del 28 de enero de 1967 al 15 de diciembre de 1969, con sueldo último de $ 6.200.00 mensuales, vínculo con base en el cual las condenó solidariamente a pagarle cesantía y vacaciones, en las cantidades que ya se indicaron, y a indemnización moratoria, a partir de la notificación de la demanda, absolviendo, en cambio, de los extremos sobre feriados y despido ilícito. La subordinación la afirmó el **ad-quem** respecto de "ambas entidades", y la mora, "ante la circunstancia evidente de que la parte demandada pretendió en el contrato eludir el pago de las prestaciones". (Fls. 105 y 106).

Sin embargo, las probanzas que el acusador destaca en primer término exhiben:

a) Que en 4 de agosto de 1966, es decir, antes de toda relación con el promotor de la litis, Coldesa contrató con la Clínica

Samper, de Bogotá, la asistencia médica de su personal de trabajadores y de los familiares de ellos, en su plantación de Turbo, Departamento de Antioquia, asistencia que la Clínica prestaría con médico residente en la dicha ciudad, bajo su responsabilidad directa y total y demás condiciones que se convinieron a términos del documento que obra al folio 15, obligándose, además, a reemplazarlo por otro profesional, en casos de ausencia por enfermedad, vacaciones u otros motivos;

b) Que el 1º de febrero de 1967 el doctor Rafael Samper, en su calidad de Gerente Propietario de la dicha Clínica, suscribió con el doctor Valencia Jiménez el contrato de folio 29, por el cual el segundo, como profesional independiente, con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva se obligó prestar atención médica y quirúrgica a los trabajadores de Coldesa en Turbo y a sus familiares determinados por la última, personalmente "o por medio de un profesional de reconocida capacidad que sea aprobado por la Clínica Samper y por Coldesa S. A.", con derecho a utilizar las "instalaciones médicas y el equipo de ellas situados en los centros de operación localizados en el municipio de Turbo", para lo cual la Clínica obtuvo permiso de Coldesa, y a habitar, a título de arrendamiento y canon de un peso mensual, una casa en la misma ciudad, dándole prelación a los compromisos de este contrato sobre cualquier otro que tuviese como profesional independiente y mediante un honorario que inicialmente fue de $ 3.000.00 mensuales y que de común acuerdo, entre la Clínica y Valencia, se aumentó a $ 4.000.00, luego a $ 4.500 y por último, desde el 1º de marzo de 1968, a $ 5.500. (Fl. 30). El convenio en examen contiene, además, cláusulas sobre facultad para que la Clínica lo cancele, sin indemnización, por incumplimiento siquiera leve de las obligaciones de Valencia; por solicitud de Coldesa y "por terminación del contrato existente entre la Clínica Samper y Coldesa S. A. para la prestación de este servicio"; y manifestación de las partes —Clínica y Valencia— en el sentido de que "el presente contrato como los anteriores es de carácter civil, por no existir la subordinación laboral y por la autonomía técnica y directiva que ha tenido y tiene el profesional Rodrigo Valencia J.";

c) Que los horarios para la asistencia médica se acordaban entre Coldesa y la Clínica Samper y los comunicaba ésta al doctor Valencia para el 'común acuerdo', según cartas del doctor Samper al médico de la litis, las cuales informan, además, de aumento de los honorarios; y la de folios 13 y 90 —también de Samper para Valencia— alude a conversación de ellos sobre cambio de horario para consultas", "incrementa" "los honorarios actuales" por mayor trabajo "y por el pago que Ud. debe hacer a los profesionales del Hospital de Turbo que le ayudan en los días domingos y festivos";

d) Que el 6 de noviembre de 1969 (Fl. 32) el doctor Valencia le presentó renuncia irrevocable al doctor Rafael Samper del cargo que ocupaba como médico de la empresa Coldesa, a partir del 15 de diciembre siguiente, determinación que motiva —aparte de la necesidad y de quejas sobre la experiencia sufrida— en las condiciones de no tener derecho a descansos remunerados, ni a seguridad en caso de enfermedad, ni a cesantías, las cuales aceptó por desconocimiento de términos de tipo legal-laboral, como "contrato civil" y 'médico independiente", y

e) Que el 15 del citado mes de diciembre, el doctor Rodrigo Valencia Jiménez —en papel timbrado que contiene nombres de médicos de la Clínica Samper junto al suyo —informa a Coldesa que en la fecha ha terminado de prestar sus servicios, como lo había anunciado desde el 6 de noviembre de la letra d), y ha hecho entrega, por inventario, de los implementos del consultorio de la empresa, a la señorita enfermera.

Los documentos que el impugnador singulariza en segundo lugar revelan:

Que el doctor Samper, de común acuerdo con el doctor Valencia, según aquél en carta dirigida al segundo, elevó consulta al Ministerio de Trabajo sobre la naturale-

za de la relación que hubiese existido entre ellos y éste consideró que no se daban los presupuestos legales de un contrato laboral; que una reclamación extrajudicial del abogado de Valencia al de Samper, sobre el mismo asunto, que afirmaba vinculación de trabajo entre los dichos doctores fue contestada en el sentido de efectuar aquella consulta, la cual fue absuelta del modo dicho. Y que otras piezas, relativas a horarios, muestran el acuerdo de Samper, Coldesa y Valencia para su señalamiento.

En las condiciones examinadas constituye error evidente de hecho al apreciar que el vínculo entre la Clínica Samper y el doctor Valencia Jiménez fue de carácter laboral, frente a manifestación inequívoca de sus celebrantes —que se encuentra corroborada después por la forma real como se le ejecutó— de que el segundo prestaría sus servicios, para Coldesa, como profesional independiente, por sí mismo o por medio de otro médico de reconocida capacidad, lo que destruye todos los elementos que inicialmente podrían hacer presumir un contrato de la naturaleza que se invocó para la litis, pues aquel concierto —y su realización posterior— fue para un desempeño que ni había que cumplir personalmente, ni bajo continuada subordinación ni, en fin, con retribución que constituyera salario. Vinculación tan caracterizada que efectivamente así se la desarrolló a lo largo de casi tres años, con los reemplazos a que se refiere el conductor de Coldesa a folio 55 y la enfermera de folio 54 vuelto, y con la previsión de la carta de folio 90 de que el incremento de honorarios que pagaba la Clínica atendía al mayor trabajo y al pago que debía hacer el doctor Valencia "a los profesionales del Hospital de Turbo que le ayuden en los días domingos y festivos". Y que por habérsela ejecutado así, de ese modo independiente, determinó al médico de autos a presentarle renuncia al doctor Rafael Samper, entre otros factores que reforzaron su decisión (Fl. 32), al no tener derecho a descansos remunerados, ni seguridad en caso de enfermedad, ni derecho a cesantías.

En estas condiciones, que surgen de todas las probanzas, sin que ninguna establezca directamente los elementos esenciales del contrato de trabajo, y que, por el contrario, desvirtúan la presunción que podía fundarse en la sola prestación de servicios —ni subordinados ni necesariamente personales— es ostensible que el doctor Valencia Jiménez no tuvo un contrato laboral con la Clínica Samper, de la que se valió Coldesa para prestarle asistencia médica a sus trabajadores y a los familiares de ellos; y sin esta base la dicha Clínica no fue ni contratista independiente ni intermediario a términos de los artículos 34 y 35 C. S. T., ni su responsabilidad resulta comprometida a través de esas figuras laborales. Y muchísimo menos correcta aparece la apreciación de que el contrato de trabajo fue con ambas entidades, y éstas solidariamente responsables, ni siquiera por alguno de esos preceptos sino por virtud de un "genuino contrato" o un "auténtico contrato", en el que cada uno de los demandados mantuvo con Valencia los tres elementos esenciales. Como resulta, en fin, erróneo, de manifiesto, el afirmar que "la parte demandada", esto es, Coldesa y la Clínica Samper, pretendieran eludir, en aquella contratación con Valencia que efectuó la segunda y que obedeció a convenio anterior de ella con la primera, el pago de prestaciones, condenándoselas a indemnización moratoria.

Se ostentan entonces los errores acusados y el fallo deberá casarse para, en sede de instancia y con valoración de las pruebas que destaca el acusador, tener como contratos de naturaleza civil tanto el que celebraron los demandados entre sí como el de la Clínica con Valencia, y concluir asimismo que los servicios médicos que prestó éste —en ocasiones con el reemplazo del doctor Duque— de carácter independiente, no generan los derechos que impetró en la litis.

Ha de observarse, por último, que la Sala estima la prueba testimonial en la oportunidad subsiguiente que señaló, y que penetró a ella, por la prosperidad de la acusación por error sobre prueba documental, porque la apreciación de los testimonios por el **ad-quem** condujo solamente al hecho de la prestación de servicios por el doctor Va-

lencia, pero sin que ellos calificaran —como en verdad no alcanzaban a hacerlo— la condición jurídica en que fueron prestados; y la presunción que constituían resultó inequívocamente destruída por las probanzas señaladas en el recurso extraordinario, que sí establecen el carácter independiente de la vinculación del doctor Valencia con la Clínica Samper, y, ya en este campo, hasta la prueba testimonial establece que, en la realidad, hubo desempeño de profesional distinto al demandante de autos, como estaba convenido desde un principio.

Se violaron, pues, los textos laborales sometidos a estudio de la Corte, en la forma y por el concepto contenidos en el primer cargo de la demanda de casación y la prosperidad del recurso, por las razones expuestas, impone, en sede de instancia, la revocatoria de las condenas del a-quo conforme al alcance de la impugnación.

No es necesario estudiar los otros ataques, formulados en subsidio, sobre el extremo moratorio.

En razón de este fallo y de los propósitos del recurrente no se imponen costas en las instancias ni por el remedio extraordinario.

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 objeto del presente recurso, de la fecha y origen expresados, por cuanto condenó a Rafael Samper y a la Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola S. A. (Coldesa) a pagar solidariamente al doctor Rodrigo Valencia Jiménez las sumas de diez y siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos con 58/100 ($ 17.869.58), diez mil cuatrocientos veintitrés pesos con 60/100 ($ 10.423.60) y diez y siete mil ochocientos sesenta y nueve pesos con 58/100 ($ 17.869.58), por los conceptos de cesantía, vacaciones y primas de servicio; doscientos seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 206.66) diarios hasta la cancelación de las prestaciones sociales, por mora en el pago de aquellos valores, y las costas de la alzada, y, en sede de instancia, revoca las condenas del primer grado por los dichos extremos de cesantía, vacaciones, primas de servicios y por el 50% de las costas de ese grado, ABSOLVIENDO, en su lugar, por todos ellos y por indemnización moratoria, sin costas en el juicio. NO LA CASA en lo demás. Sin costas en el recurso extraordinario.

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.

ERROR DE HECHO

Según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que modificó el 23 de la 16 de 1968, el error de hecho solamente es 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. — No le corresponde a la Corte calificar el acierto o el desacierto de esta regulación del legislador, ni menos separarse de ella, desconociendo su imperio, aún en caso de no compartirla en su concepción o en su finalidad. — Rigurosamente ella constituye requisito del recurso, que al ser exigido por la Corporación, como tiene que serlo, no adiciona las condiciones de ley sino que las reclama en su integridad, por estar contenidas en los diversos ordenamientos que reglan el instituto técnico formal de la casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sala Plena —. Bogotá, D. E., seis de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

En libelo que se radicó en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, **Luis Alberto Ramírez Quijano** demandó a la **Industria Electro-Sonora S. A. "Sonolux"**, para que se la condenara a pagarle, en las cantidades que que resultasen del juicio, cesantía, vacaciones, primas semestrales, feriados, horas suplementarias, indemnizaciones por despido injusto y por mora en la satisfacción de prestaciones sociales, derechos que afirmó en contratos que los vincularon, en forma ininterrumpida y exclusiva, desde el 1º de julio de 1957 hasta el 1º de diciembre de 1969, con remuneración última de $ 3.500 mensuales, resultante de salario básico y regalías correspondientes a grabaciones que efectuó para dicha empresa, como artista. Pidió, además, las costas del juicio.

Se opuso la demandada a las pretensiones del actor explicando que entre ellos hubo un contrato de trabajo, que se inició el 2 de diciembre de 1966 y terminó por renuncia de Ramírez en julio de 1968 mediante la cancelación de todas las prestaciones sociales, pero que la vinculación a que se refiere el escrito para este juicio nunca constituyó contrato de trabajo y no pudo generar los derechos cuyo reconocimiento pide el demandante, excepcionando, además, prescripción.

Las condiciones de las partes, así como la de sus apoderados, constan en el expediente número 4162 de la numeración de esta Sala.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento, en fallo del 24 de junio de 1971 la desató absolviendo a la sociedad demandada, por no haber sido laboral la vinculación entre los litigantes según los varios documentos que celebraron, los testimonios, las posiciones rendidas y el dictamen pericial que se produjeron en el proceso. No hizo condenación en costas.

Apelada esta decisión por los apoderados de los sujetos mencionados —la sociedad, por las costas— el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, en la suya de 4 de febrero de 1972, la confirmó en todas sus partes, por apreciación igual acerca del vínculo de autos y su contemplación en derecho. No se pronunció sobre costas.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado del demandante Ramírez y habiéndoselo concedido el ad-quem y admitido la Sala, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

El remedio extraordinario

Persigue el quebranto total del fallo del ad-quem, por cuanto al confirmar el del a-quo, absolvió a la sociedad demandada de las pretensiones del libelo inicial, para que, en sede de instancia y previa revocatoria del de primer grado se las despache favorablemente, conforme a lo probado en el proceso.

Al efecto, invocando la causal primera de casación laboral acusa violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 23, 5º, 24, 22, 26, 249 (en relación con el 17 del Decreto 2351 de 1965), 186 (8º del Decreto 617 de 1964), 306 y 65 C. S. T. (en concordancia con los textos 127 y 132 de aquel Decreto de 1965) y 8º de este último, como consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar "los documentos de folios 33, 31 y 32, 29 y 30, 27 y 28, 25 y 26, 22 y 23 y 24 y de la falta de apreciación de la confesión de la parte demandada contenida en las cuestiones 4 y 12 del interrogatorio al demandante agregado a Fls. 51 y 52 del proceso".

Los errores de hecho consistieron, en dar por probado que el actor no debía obediencia a la sociedad demandada, cuando en realidad estuvo siempre a su disposición, sin desobedecerle nunca; en calificar de esporádica la prestación regular y continua de los servicios exclusivos del artista Ramírez; en no dar por probada, estándolo, la dependencia de dicho cantante a Sonolux y en no ver el contrato de trabajo que rigió de manifiesto entre ellos.

En la sustentación del ataque el recurrente transcribe los pasajes del fallo en que el Tribunal, con examen de los testimonios de Hugo Hernández (Fl. 47), Luis Uribe B. (Fl. 37) y Guillermo de Bedout (Fl. 41), y de las respuestas 5ª y 9ª de Ramírez al interrogatorio que se le hizo en posiciones concluye que el contrato de autos no fue de trabajo, por falta del elemento subordinación, y manifiesta, además, el acusador, respecto de la misma conclusión formada de la prueba documental, que todas las piezas suscritas por sus celebrantes contienen, pese al esfuerzo de la empresa para velarlo, el espíritu original de ellos acerca de las obligaciones del cantante de grabar con exclusividad para Sonolux los discos fonográficos o selecciones musicales que se le señalaran y de aparecer en promociones publicitarias, obligaciones que fueron fielmente satisfechas u obedecidas, durante los doce años y cinco meses que estuvo a disposición de la demandada, como lo corrobora la lectura de las cuestiones 4ª y 12 del interrogatorio que le formuló la sociedad al demandante, en las que reconoce que no le llamó la atención por retardos o ausencias a citas, para efectuar las grabaciones. El cargo se extiende en consideraciones acerca de estas obediencia y disponibilidad del promotor de la litis, para significar que sí se dio el elemento esencial que el fallador desconoció e invoca sentencias de la Sala sobre asuntos que estima similares y en que fue reconocida la existencia del contrato de trabajo.

Todo lo anterior está precedido de un capítulo sobre "procedencia de la acusación", en que el impugnador advierte que "es verdad que la decisión recurrida responde, entre otros medios de convicción, a las declaraciones de Hugo Hernández, Luis Uribe Bueno, Guillermo de Bedout y el propio demandante", y que este medio probatorio (el testimonial, precisa la Sala) "quedó excluído de la causal de casación laboral por error de hecho", lo que, según lo ha venido repitiendo la Corte, "impide reexaminarlo e impone el mantener la sentencia apoyada en dicha prueba"; pero que "tal postulado de la preceptiva técnica del recurso extraordinario ha hecho nugatorio el derecho de obtener la casación de los fallos que, como el recurrido, chocan contra la evidencia que surge de otros medios, incluídos esos sí en la causal de casación laboral por error de hecho". A lo que agrega el acusador: "Y,

fuera de hacer nugatorio el derecho de obtener la casación de las sentencias afectadas de error de hecho por "falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular", viene a agregar a las únicas exigencias del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, a saber, "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos", o con mayor claridad, que se alegue el error y compruebe su 'notoriedad', otra que no contiene: **que la sentencia recurrida no responda también a medios excluidos de la causal por error de hecho**".

"Bastará, pues, al Tribunal que juzgue, mencionar cualquier testigo en pro de su decisión, para que la casación por error de hecho desaparezca".

Por todo lo anterior el recurrente sostiene que la soberanía del Tribunal en la apreciación de las pruebas es de ley cuando las que fundamentan su decisión están todas excluídas de la casación por error de hecho, pero no lo es, porque conduciría a extremos manifiestos, cuando concurren con otras cuya falta de apreciación o apreciación errada sí dan lugar a error de hecho notorio de casación laboral. Pues en estos casos repugna a la razón que la ignorancia del juzgador o su equivocación prevalezcan sobre la contraevidencia contenida en los medios probatorios excluídos.

Para el opositor el ad-quem fundamentó su fallo en los testimonios mencionados y en las posiciones absueltas por el demandante, especialmente en su quinta respuesta; conforme al sistema de valoración de la prueba en laboral, le es lícito basarse en determinadas probanzas y desechar las otras, por considerar que la verdad real se halla en aquéllas; en el caso de autos así lo hizo el ad-quem, sin que el recurrente ataque aquellos fundamentos, de los cuales el testimonial no es susceptible de ser acusado, y todo ello basta para que se mantenga la resolución judicial. Además, no hubo equivocación en la apreciación de los documentos de autos, que para él no fueron apreciados pues la decisión se informó en los testimonios; el cargo no se refiere a las posiciones absueltas por el demandante, y las preguntas del interrogatorio en que sí se ocupa, ni reconocen la subordinación ni constituyen confesión.

Se considera

Según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que modificó el 23 de la 16 de 1968, el error de hecho solamente es 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. No le corresponde a la Corte calificar el acierto o el desacierto de esta regulación del legislador, ni menos separarse de ella, desconociendo su imperio, aún en caso de no compartirla en su concepción o en su finalidad. Rigurosamente ella constituye requisito del recurso, que al ser exigido por la Corporación, como tiene que serlo, no adiciona las condiciones de ley sino que las reclama en su integridad, por estar contenidas en los diversos ordenamientos que reglan el instituto técnico formal de la casación.

Otra cosa es que la regulación en examen, como lo fue y con restricción mayor su antecesora de 1968, produzca situaciones como la primera que parece admitir el recurrente, aunque no todas las planteadas por él, como ya lo ha ido explicando la Sala en varias providencias y que ahora desarrolla en Pleno, por cuanto implica rectificación de alguna jurisprudencia.

Así, cuando el fallo recurrido obedece, completa, total o exclusivamente, a pruebas distintas de las mencionadas por el precepto de 1969 como susceptibles de generar el error de hecho, éste no es motivo de casación laboral, a rigor de su concepción y de sus términos cualquiera que sea en la realidad o para quien pretenda agravio, la verdad que contengan las pruebas excluidas por el legislador.

Mas cuando la sentencia reposa, al definir un hecho, en pruebas de una y de otra categorías, procede el ataque correspondiente respecto de ambas, porque la decisión se fundamenta en ellas, pero habrá que demostrar, en primer término, por ser la exigencia legal, el error sobre la prueba cali-

ficada como apta para la casación del trabajo, demostración que entonces abrirá el campo para el estudio debido de las que no son motivo restringido de ella, coordinándose así, para satisfacción del sistema de la persuasión racional, la necesidad de establecer la verdad contenida en todos los soportes probatorios del fallo con la exigencia de que el error debe provenir de una de las que el legislador ha instituído para este motivo de quebranto extraordinario.

De acuerdo con este criterio la Sala ha producido ya decisiones, que no admiten demostración de error de hecho en razón solamente de pruebas no contempladas por el legislador de 1969, pero que, atendida la calificación que él reservó y encontrándose la equivocación sobre la probanza requerida, entienden autorizado el examen de las otras, soportes también del fallo acerca del hecho respectivo, para el cual deben singularizarse y exhibirse en contrariedad con la verdad, desconocida por el juzgador. Es decir, siempre que haya íntima relación entre las dos categorías de pruebas respecto del hecho que haya de demostrarse.

No se cumplen así todos los temores del recurrente, ni su reflexión de que, en la exégesis opuesta, podría prevalecer el rigor de la ley sobre la evidencia contenida en medio probatorio que se excluyó, en el caso de concurrencia, sobre el mismo hecho, de pruebas de las dos categorías. Pero sí se requiere en todo caso que haya error acerca de prueba calificada, porque la ley exige que provenga de ella y porque, de no haberlo, la sentencia reposa sobre dicho soporte legal no destruído. Esta última consideración obliga, además, para la prosperidad del ataque, a que se destruyan, en su caso, los demás fundamentos probatorios de la decisión judicial, que de otra suerte la mantendrán, en la forma técnica que imponen la ley y la doctrina, esto es, mediante singularización de ellas y demostración del error con carácter de evidente.

Todo lo cual para el supuesto considerado, pues para el primero, de fallo que reposa de modo completo, acerca del hecho cuestionado, en pruebas no calificadas para el ataque por la Ley 16 de 1969, su mandato es inexorable.

En el presente negocio, el Tribunal apreció la inexistencia del elemento subordinación —y por ella la del contrato de trabajo— con base en los documentos contractuales "que se trajeron a los autos"; en los testimonios de Hugo Hernández, Luis Uribe B. y Guillermo de Bedout; en la absolución de posiciones del demandado, concretamente sus respuestas 5ª y 9ª al interrogatorio que le fue sometido, o "declaración del propio demandante" según lo expresa el recurrente, e, implícitamente en el dictamen pericial estudiado por el a-quo en la sentencia suya que le fue confirmada. Se trata, pues, de la concurrencia de pruebas del caso estudiado en segundo lugar, es decir, de dos de las instituídas por el artículo de la Ley 16 de 1969 (documentos y confesión judicial) y de dos de las excluídas por el mismo precepto (testimonio y dictamen pericial). Cada una de ellas y todas en conjunto constituyen soportes de la decisión judicial.

El recurrente afirma la ocurrencia de los errores de hecho —que se concretan en la continuada dependencia de Ramírez a Sonolux— en la equivocada apreciación de los referidos documentos contractuales y en la falta de apreciación de la confesión de la demandada, a través de las cuestiones 4ª y 12 del interrogatorio que formuló su apoderado para que las absolviese el demandante, prueba ésta que conforme al planteamiento del acusador es de las contempladas por el texto de 1969.

El ataque, en la forma reseñada, deja incólume la confesión del demandante Ramírez, en que también se apoyó el juzgador, y con solo ello no logrará configurar error sobre hecho que mantiene ese soporte probatorio. Además, no se ocupa en demostrar la equivocación que hubiese acontecido acerca de los testimonios y experticio igualmente indicados, para el caso de que lograse abrir la prueba a su examen, y lo que sería necesario también para destruir, en su caso, estas otras bases probatorias.

Y en lo que se relaciona con los documentos, el recurrente se limita a manifestar que ellos demuestran el elemento subordinación —a pesar de sus variaciones de forma para velarlo— en las cláusulas rela-

tivas a la obligación del cantante de grabar, para Sonolux, con exclusividad, los discos fonográficos o selecciones musicales que le señalaran y a aparecer en promociones publicitarias, esto es, se limita a oponer su opinión a la del juzgador, formada en las mismas piezas pero con examen de que la tal obligación no constituyó continuada dependencia, en términos laborales, sino que existe en el mundo de los compromisos de naturaleza civil. En estas condiciones, no existe el error de hecho sobre tal prueba calificada. Como tampoco lo hay respecto de las preguntas del pliego de posiciones que absolvió el demandante, que no tiene el sentido que les presenta el acusador, sino el opuesto de que Ramírez no tenía subordinación, por cuanto ni siquiera se le llamaba la atención en casos de retardos o ausencias.

En suma, que no hay error sobre las pruebas calificadas, que permitiese el examen de las otras, tampoco propuesto legalmente, y que el soporte de confesión del demandante no fue impugnado, con lo cual, de ningún modo, se destruyeron todas las bases de juzgamiento sobre el hecho que importa al cargo.

Por todo lo cual éste no puede prosperar, como se declarará.

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, de la fecha y origen expresados.

Sin costas, porque la demanda dio lugar a sentar jurisprudencia.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal.

Juan Benavides Patrón, José Enrique Arboleda Valencia, Alejandro Córdoba Medina, Miguel Angel García B., Jorge Gaviria Salazar, José Eduardo Gnecco C., con salvamento de voto.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Doctor José Eduardo Gnecco C.

Si la sentencia reposa, al definir un hecho, en pruebas contempladas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, cuya apreciación errónea o falta de apreciación da origen al error de hecho susceptible de producir el quebrantamiento del fallo de instancia acusado, y además, en otros medios de prueba no previstos en dicha norma, es necesario, a mi juicio, que el error de hecho surja con notoriedad solamente de las primeras pruebas, sin que sea dable para demostrar su existencia tener en cuenta la apreciación errónea o la falta de apreciación de las segundas. Por esta razón considero que es contrario a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 estudiar las pruebas no relacionadas en él, y que en el fallo del cual me aparto se denominaron como no calificadas, para poder llegar a la conclusión de que existió error evidente de hecho, pues si éste no surge de la falta de apreciación o apreciación errónea de las calificadas, no habrá lugar a casación; esta contradicción se acentúa cuando se exige, como lo dispone la mayoría de la Sala, que se destruyan los demás soportes probatorios, es decir, los fundamentos en pruebas no calificadas, porque se volvería al régimen anterior a las Leyes 16 de 1969 y 1968 al considerar como motivo de casación el que provenga de la falta de apreciación o apreciación errónea de cualquier medio de prueba.

En resumen: si el error de hecho surge de la inapreciación o apreciación errónea de las pruebas calificadas, será motivo de casación si de allí no surge, le está vedado a la Corte referirse a la valoración que de las pruebas no calificadas se hizo en la instancia, aún cuando el impugnador formula su ataque también por este aspecto, porque lo que persigue el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 es que esa valoración del fallador sea intangible.

Así, con el debido respeto a la opinión de la mayoría de la Sala, dejo expuestos los motivos que tuve para salvar mi voto.

José Eduardo Gnecco C.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DETENCION DEL TRABAJADOR

La detención y el juzgamiento de un trabajador es un riesgo personal proveniente de la conducta social como persona, pero no es riesgo de la empresa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá. octubre nueve de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José Leonel Arenas Molina, contra la sentencia de 29 de febrero de 1972. proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por el recurrente contra Cristalería Peldar S. A.

Antecedentes

José Leonel Arenas Molina, mayor de edad, domiciliado en Itagüí, identificado con cédula de ciudadanía número 3529745 de Montebello, demandó a Cristalería Peldar S. A., persona jurídica de derecho privado domiciliada en la ciudad de Medellín y representada por su presidente, doctor Luis Fernando Echavarría V., para que contra ella se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"A) Que el despido de que fue objeto José Leonel Arenas no surte efecto alguno, por cuanto que se hizo omitiéndose los requisitos que para tal efecto establece la Convención Colectiva de Trabajo.

"B) Que como consecuencia de la declaración anterior, debo ser reintegrado al cargo que tenía al momento del despido y por consiguiente se me deben pagar los salarios dejados de percibir desde el momento del despido, o sea abril 24 de 1969, hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

"C) Que a título de perjuicios se me deben de pagar los salarios dejados de percibir durante el tiempo que estuve detenido, o sea desde el 13 de diciembre de 1968.

"D) Que igualmente a título de perjuicios la sociedad demandada me debe pagar las sumas de dinero invertidas en la defensa de la supuesta sindicación de homicidio. Condena que debe ser por la suma de $ 15.000.00 o lo que se probare.

"E) Costas del juicio.

"Subsidiariamente:

"Que la sociedad demandada está en la obligación de pagarme la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, y las costas del juicio".

En apoyo de sus pretensiones, el actor presentó los siguientes hechos:

"1º Trabajé al servicio de Cristalería Peldar S. A. desde el 25 de noviembre de 1960 hasta el día 12 inclusive de 1968. Los servicios se prestaron en las dependencias que la sociedad demandada posee en el Municipio de Envigado.

"2º En la sociedad demandada desempeñaba el oficio de celador.

"3º El día 12 de diciembre de 1968 y en el momento en que me encontraba laborando en dependencias de Peldar, fui detenido por las autoridades policivas del Municipio de Envigado.

"4º La detención obedeció a una sindicación por un supuesto delito de homicidio cometido el referido 12 de diciembre de 1968 y en el momento en que desempeñaba mis labores de celador. Tanto la detención como el supuesto delito, se cometieron en el momento que laboraba al servicio de Peldar.

"5º Fui entonces procesado por el delito de homicidio, causa que se tramitó en el Juzgado Primero Superior de Medellín, el cual mediante sentencia de abril 6 de 1970 me absolvió de todo cargo, tal sentencia fue totalmente confirmada por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia de octubre 30 de 1970, la cual se encuentra ejecutoriada.

"6º Tanto en la etapa del sumario, como en la de la causa fui atendido profesionalmente por el doctor Gabriel Pérez Roldán, el cual me cobró y le pagué por su exitosa gestión la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00), suma ésta que la sociedad demandada no me ha querido reconocer.

"7º Fui despedido del servicio de Peldar en forma injusta e ilegal. Aún más el despido se hizo pretermitiéndose no sólo trámites legales sino convencionales. En efecto no se le dio cumplimiento a lo preceptuado en el Art. 59 y 61 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la sociedad demandada. La desvinculación fue a partir de abril 24/69.

"8º Al momento de la desvinculación devengaba un salario de $ 50.00 diarios en promedio, más el subsidio de transporte.

"9º Estaba afiliado al Sindicato Nacional de Cristalería Peldar o más claro Sindicato Nal. de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares".

La demandada admitió el hecho primero con la aclaración de que los servicios efectivos fueron prestados hasta el 12 de diciembre de 1968, dijo que eran ciertos el segundo y el tercero, respecto al cuarto transcribió parte del oficio número 138 del Juez Primero Penal Municipal de Envigado, manifestó que ignoraba los hechos quinto, sexto y noveno, y negó los señalados como séptimo y octavo. La sociedad se opuso a todas las peticiones de Arenas Molina y solicitó para ella absolución sobre las pretensiones del actor.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia dictada el veintiséis de agosto de mil novecientos seténta y uno, absolvió a Cristalería Peldar S. A. de todos los cargos formulados por José Leonel Arenas Molina, y condenó en costas a la parte actora. De la providencia apeló al apoderado de Arenas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de segunda instancia, dictada el 29 de febrero del presente año, revocó el fallo del juzgado, condenó a Cristalería Peldar S. A. a pagar a José Leonel Arenas Molina la suma de ocho mil seiscientos setenta y seis pesos con cincuenta centavos m/c. a título de indemnización por despido injusto, impuso a la misma sociedad las costas del juicio en un ochenta por ciento, y absolvió de los restantes cargos del libelo inicial. Contra el fallo del Tribunal, interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, le fue concedido por el ad-quem y está admitido por la Corte.

El recurso

Con invocación del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y del 7º de la Ley 16 de 1969, el impugnador pretende que se case parcialmente el fallo del ad-quem, se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se condene a Cristalería Peldar S. A. a reintegrar a José Leonel Arenas Molina al cargo que tenía en el momento del despido, y a pagarle los salarios dejados de percibir desde el 13 de diciembre de 1969 hasta cuando sea efectivamente reintegrado, y la cantidad de $ 15.000.00 invertida en la defensa de la sindicación por homicidio. El ataque fue presentado en dos cargos que se estudian junto con el escrito de oposición.

Primer cargo

Se refiere al reintegro y a los salarios dejados de percibir. El acusador dice:

"En la sentencia que estoy impugnando, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, incurrió en evidente error de hecho, que lo condujo a la infracción indirecta por falta de aplicación de los preceptos sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 22, 51, 55, 56, 57, 467 y 476 del S. C. del T., en estrecha conexión con los Arts. 1495, 1002, 1740, 1741 y 1746 del C. C. Todo ello en relación con el Art. 56 del C. de P. Laboral".

Como pruebas dejadas de apreciar, fueron indicadas la copia de la liquidación de prestaciones de folio 7, la copia de la convención colectiva que obra a folios 8 y siguientes, el acta de audiencia del folio 87, el acta de inspección ocular del folio 87 vuelto, y la confesión ficta que se desprende de las dos actas mencionadas.

Los errores de hecho fueron presentados así:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que, jurídicamente la desvinculación del trabajador demandante, mediante despido, ocurrió el día 13 de diciembre de 1969 (Fls. 7).

"b) No dar por demostrado, estándolo, que, convencionalmente, no producía efecto alguno el despido realizado con omisión de los requisitos señalados en el Capítulo XV de la Convención Colectiva de Trabajo (Arts. 61 parágrafo 1º de la citada Convención)".

El impugnador después de transcribir un párrafo de la sentencia acusada, observa que fuera de las circunstancias de orden legal que hacen procedente el reintegro, existen otras convencionales que también lo consagran, que ello ocurre con la convención colectiva de trabajo entre Cristalería Peldar S. A. y sus trabajadores, acuerdo desconocido por el Tribunal, ya que en dicha convención se estableció un procedimiento para despidos que no fue cumplido con el demandante y que por disposición del mismo acuerdo, hace que no se produzca el efecto del despido si no se cumplen los trámites propios. La demostración del cargo termina de la siguiente manera:

"Por ello es procedente el reintegro, y es errónea la apreciación del Tribunal de que la falta de requisitos previos al despido, en el caso de autos genera la indemnización por despido, ya que la convención expresamente dice que, el despido producido en esas condiciones"... no producirá efecto alguno"...", mal puede entonces entenderse que, el efecto es la indemnización.

"Inclusive por mandato del Art. 56 del C. de P. L. hay por parte de la sociedad demandada una confesión ficta que, se desprende de la reticencia de la empresa a la inspección ocular sobre el expediente del trabajador, según se desprende de los documentos de Fls. 87 y 87 v., así que, la falta de apreciación de dicha confesión incide también en el error de hecho enunciado.

"De lo expuesto se desprende que el Tribunal desconoció un hecho a pesar de la evidencia procesal. De tal manera que valga lo dicho para atacar el fallo tribunalicio como violatorio en forma indirecta por evidente error de hecho de los preceptos sustantivos indicados antes.

"Procede pues, el reintegro del señor José Leonel Arenas Molina, así como el pago de los salarios dejados de percibir a razón de $ 50.00 diarios a partir de diciembre 13 de 1969".

El opositor advierte que en documento del folio 7 existe un error mecanográfico fácilmente explicable, que las demás anotaciones de la liquidación evidencian ese error, lo mismo que las demás pruebas del juicio, por lo cual no resulta errónea la conclusión del Tribunal sobre la fecha de finalización de los servicios. Agrega el apoderado de la demandada, que tampoco existió error en cuanto a la aplicabilidad de la convención colectiva, porque ella no estaba vigente cuando terminó el contrato de trabajo. Finalmente advierte que el sentenciador apoyó el fallo en interpretación del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, norma no citada por el impugnador, y ese fundamento no destruído por el acusador, ha de mantener la decisión del ad-quem.

Se considera

El primer error de hecho se hace consistir en que el sentenciador no dio por demostrado que la desvinculación ocurrió el 13 de diciembre de 1969.

Al respecto dice el ad-quem:

"Al trabarse la litis-contestatio quedó fuera de debate lo relacionado con la existencia del contrato y su duración —de noviembre 25 de 1960 a diciembre 12 de 1968— como se dejó dicho y en la diligencia de inspección ocular (hoy llamada judicial) cuya acta se lee a folios 87 vto. se aclara que la fecha de cancelación del contrato fue abril 14 de 1969, habiendo prestado sus servicios hasta el 13 de diciembre ante-

rior —1968— con un salario promedio de $ 46.90".

El documento del folio 7 que el censor indica como dejado de apreciar, contiene como fecha de terminación de servicios el 13 de diciembre de 1969, pero la apreciación correcta de tal documento lleva a la conclusión de que los servicios se prestaron hasta el 13 de diciembre de 1968, porque la pieza fue suscrita el 22 de abril de 1969, el sello de pago es de 25 de abril de 1969 y el número de días trabajados, 2.899, es el que corresponde desde la iniciación hasta 1968.

No tiene respaldo alguno en las pruebas restantes, la afirmación del recurrente, ya que tanto la demanda en sus hechos 1º, 3º y 4º, como las respuestas a ellos, las peticiones B y D, la carta de despido que aparece al folio 6, el oficio del folio 58, los testimonios de folios 63 y vuelto, y la inspección ocular de folios 87 vuelto, acreditan como finalización de los servicios, el 13 de diciembre de 1968.

La copia de la Convención Colectiva de 1969, que se indicó como prueba dejada de apreciar, no incide sobre el primer error propuesto.

El acta de audiencia del folio 87 que no constituye prueba básica para casación laboral, solamente informa que no se encontró ese día el folder buscado, por hallarse en las oficinas de Medellín donde tiene su domicilio la demandada, según se desprende del libelo inicial, luego de tal acta no se puede deducir la renuencia que pretende el recurrente.

El acta de folios 87 vuelto fue apreciada según se vio por el párrafo transcrito, y de ella se deduce como terminación de labores el 13 de diciembre de 1968 y no de 1969 como quiere el impugnador.

Ninguna de las pruebas que el censor señala como dejadas de apreciar, establece que la terminación de labores ocurriera en 1969, luego no se incurrió en ese error de hecho presentado como primero.

Por otra parte, el sentenciador en atención a la demanda, y a la contestación, apreció que la existencia y terminación del contrato de trabajo estaban fuera de la litis, pues habían sido determinadas en el libelo y en su respuesta. Esta consideración del ad-quem no fue atacada, por lo cual el fallo también por ese aspecto ha de mantenerse.

En cuanto al segundo error de hecho propuesto, se ha de observar que la sentencia acusada no hace el estudio de los efectos de la norma convencional a que se refiere el acusador, sino que por considerar terminado el contrato de trabajo con anterioridad a esa convención, no la aplica. Ya se vio que las razones en que se apoya la sentencia sobre la terminación del contrato, no fueron destruídas por el ataque, luego no cabe la aplicación del acuerdo colectivo a que se refiere el cargo, sino precisamente de la convención que aplicó el fallador para calcular la indemnización por despido. En tales circunstancias, no resultan demostrados los errores propuestos.

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Está presentado así:

"Lo refiero a la absolución hecha por el H. Tribunal con relación a la súplica contenida en el literal D) de la demanda.

"Contrariando el precepto constitucional de que toda sentencia debe de ser motivada, el H. Tribunal absolvió por éste aspecto diciendo:

"...En relación con la petición contenida en la letra D) de la demanda, ello habrá de negarse porque no tiene fundamento legal alguno...".

"Incurrió pues, el Tribunal en infracción directa por falta de aplicación de los artículos 28 y 56 del C. S. del T., en concordancia con el artículo 1º del mismo estatuto".

El opositor dice que el cargo es inane porque las disposiciones citadas no hablan de que las costas de un juicio penal deben ser sufragadas por el patrono.

Se considera

No existió falta de motivación del fallo acusado, ya que negar una pretensión con base en que no tiene apoyo legal, es suficiente fundamento cuando ella se busca por tal vía.

Las normas que presenta el acusador como violadas, no consagran concretamente el derecho reclamado.

El artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, solamente indica la finalidad del estatuto, es norma abstracta que no determina un derecho concreto.

El artículo 28 de la misma obra, admite la participación de los trabajadores en las utilidades pero no en los riesgos o pérdidas de ella. La detención y el juzgamiento de un trabajador es un riesgo personal proveniente de la conducta social como persona, pero no es riesgo de la empresa. Además, la norma no consagra el derecho reclamado, y la finalidad de ella es muy distinta del riesgo que se aduce, porque la prohibición se refiere a que el trabajador participe en los riesgos o pérdidas económicas del patrono.

La protección de que habla el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene el alcance que pretende el acusador y no consagra el derecho reclamado.

En las circunstancias examinadas, la proposición jurídica resulta incompleta, porque el censor no señaló como quebrantada disposición legal sustancial que consagrara el derecho pretendido.

No prospera el segundo 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 veintinueve de febrero de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por José Leonel Arenas Molina contra Cristalería Peldar S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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.

SUSTITUCION PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —Bogotá, D. E., octubre diez (10) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Con esta providencia se resuelve el recurso de casación que el apoderado de Eladio Leal Durán interpuso contra la sentencia de 10 de noviembre de 1971 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio seguido por aquél contra la Electrificadora de Cundinamarca S. A.

Antecedentes

Asistido de apoderado Eladio Leal Durán demandó a Electrificadora de Cundinamarca S. A., para obtener el pago de lucro cesante, pensión de jubilación e indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1969, hasta cuando se le cancelen "la totalidad de sus acreencias laborales, causadas y no pagadas durante la vigencia y terminación de su contrato de trabajo".

El representante judicial de Leal sustentó estas pretensiones en los siguientes hechos:

"1º. Mi poderdante mediante contrato de trabajo prestó sus servicios a la Electrificadora de Cundinamarca S. A., sin solución de continuidad así:

"a) Con la Compañía Colombiana de Electricidad S. A., desde el 11 de junio de 1952.

"b) Desde el 12 de diciembre de 1961 fecha esta en que la Compañía Colombiana de Electricidad S. A. celebró y ejecutó un contrato de compra-venta de su activo y pasivo patrimonial. a) Electrificadora de Cundinamarca S. A., hasta el 29 de febrero de 1967, en que esta última le notifica a mi poderdante la terminación definitiva de su contrato de trabajo.

"2º. Entre mi poderdante y la Electrificadora de Cundinamarca S. A. se operó el fenómeno jurídico de sustitución de patronos, y así fue como mi poderdante continuó prestando sus servicios a esta última Sociedad, sin solución de continuidad, desde su tiempo inicial en la Compañía Colombiana de Electricidad S. A., esto es, desde el 11 de julio de 1952.

"3º. Mi poderdante mediante oficio Nº 793 del 20 de febrero de 1967 fue notificado, so pretexto de pagar una pensión de jubilación no consentida, de que su contrato de trabajo terminaría el 28 de febrero del mismo año, a fin de que dizque, principiara a recibir su pensión de jubilación el 1º de marzo del mismo año.

"4º. Mi poderdante en cumplimiento de la voluntad expresada por la Electrificadora de Cundinamarca S. A. y contra su voluntad dejó de prestar sus servicios a partir del 1º de marzo de 1967, sin haber recibido su respectiva indemnización por su despido injustificado.

"5º. Mi poderdante fue notificado de que su pensión de jubilación sería en cuantía de $ 589.50, cuando en verdad devengó en su último año de servicios una asignación promedio de $ 1.582.00 m/c., es decir, que tampoco recibió la pensión de jubilación del 75% de éste último sueldo.

"6º. Mi poderdante aún dentro de su pensión sanción no ha recibido la que legalmente le corresponde en los términos de la ley.

"7º. Mi poderdante por haber sido despedido injustificadamente, tenía derecho a que fuera indemnizado en los términos del artículo 2º del Laudo Arbitral del Tribunal Especial de Arbitramento suscrito con fecha de 1º de febrero de 1967 o sea una indemnización equivalente de 60 días básicos por el primer año de servicios más una indemnización adicional de salario básico por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero, y proporcional por fracción, según lo dice la letra (artículo 2º letra D. de dicho Laudo).

"8º. Mi poderdante durante su tiempo de servicios desempeñó las funciones, entre otras, de Jefe de Planta "La Salada", en el Departamento de Producción de la Central de Girardot.

"9º. Mi poderdante devengó durante sus servicios un jornal básico de $ 56.20 diarios, a partir del 1º de noviembre de 1966 al 28 de febrero de 1967.

"10. Mi poderdante estaba afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento, habiendo pagado sus respectivas cuotas hasta el 28 de febrero de 1967.

"11. Mi poderdante mediante el suscrito apoderado demandó al Gerente de la Electrificadora de Cundinamarca S. A., mediante demanda gubernativa por escrito, con fecha 22 de julio de 1969, sin haber obtenido respuesta alguna, agotándose así mediante tal silencio, el procedimiento gubernativo".

En derecho fundamentó el libelo en lo dispuesto por la ley 6ª de 1945, Decreto 2127 del mismo año, Leyes 64 y 65 de 1945, Decreto 797 de 1949, Ley 171 de 1961, Decreto 1611 de 1962, Ley 4ª de 1966 y "Laudo Arbitral que regula las relaciones del Ministerio de Fomento y el Sindicato de Trabajadores de la Energía Eléctrica del Ministerio de Fomento".

El Juzgado del conocimiento que lo fue el 4º Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a la demandada que al contestarla se opuso a las peticiones del actor y dijo sobre los hechos:

"Al 1º. Lo niego en parte, y aclaro:

"a) Hay constancia en los archivos de la Electrificadora de Cundinamarca S. A. de que el señor Eladio Leal Durán ingresó al servicio de la extinta Compañía Colombiana de Electricidad S. A., el 28 de julio de 1936 como trabajador vinculado mediante contrato de trabajo y de que permaneció al servicio de la citada Compañía hasta el 30 de junio de 1947, fecha ésta en la cual se retiró. Posteriormente el mencionado trabajador ingresó nuevamente al servicio de la misma Empresa el día 11 de julio de 1952 y en este segundo período permaneció al servicio de dicha Compañía hasta el 12 de diciembre de 1961, fecha ésta última en la cual el Gobierno Nacional adquirió por compra, la aludida Compañía Colombiana de Electricidad S. A.

"b) El Gobierno Nacional en cumplimiento de la promesa de compraventa inserta en la Ley 13 de 1962 (abril 12) y en desarrollo de las facultades que le fueron conferidas por la misma, adquirió por medio de la Escritura Pública Nº 2210 de 4 de junio del año de 1962, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, por compra hecha a la Compañía Colombiana de Electricidad, todos los bienes muebles e inmuebles de que ésta última era propietaria y poseedora dentro del territorio de la República.

"c) En virtud de la compra por parte de la Nación de los bienes de que da cuenta el ordinal anterior, se produjo la sustitución de patrono a que se refiere el artículo 67 del C.S. del T., comoquiera que el Gobierno Nacional entró a reemplazar a la Compañía Colombiana de Electricidad en el dominio de las instalaciones materia de la compraventa. Como consecuencia de este fenómeno jurídico, el Gobierno Nacional o sea el nuevo patrono, responde solidariamente frente a los trabajadores de la extinguida Compañía Colombiana de Electricidad S. A., de las obligaciones que a la fecha de la sustitución fuesen exigibles y responde exclusivamente de las obligaciones que surjan con posterioridad a esa misma sustitución (Artículo 69 del C.S. del Trabajo).

"d) Desde el día 12 de diciembre de 1961, "fecha de venta" de la extinguida Compañía Colombiana de Electricidad S. A. al Gobierno Nacional, éste último tomó a su cargo todo el personal de trabajadores de dicha Compañía y todas las prestaciones del mismo personal que se causaran a partir de la mencionada fecha hacia adelante.

"e) Con fecha 31 de julio de 1962 la Compañía Colombiana de Electricidad hizo entrega de las instalaciones industriales a las distintas Electrificadoras regionales, en desarrollo de la Cláusula Décima Primera de la promesa de venta inserta en la Ley 13 de 1962. Entidades que obraron en representación del Gobierno Nacional, motivo por el cual no queda duda de que esas mismas

Electrificadoras han venido actuando como agentes del Gobierno, como Administradoras de él en los bienes que dichas Empresas recibieron por inventario si bien es verdad que el Gobierno Nacional no ha traspasado hasta el momento a las Empresas regionales el dominio de las mencionadas instalaciones, entre otras razones, porque la compraventa celebrada entre la Compañía Colombiana de Electricidad y el Gobierno Nacional no ha tenido cabal culminación debido a serias irregularidades que se presentaron en el avalúo de los bienes materia de la negociación, irregularidades que han dado origen a acciones civiles y penales que aún no han sido falladas por la justicia colombiana.

"Al 2º. Lo niego, y aclaro: De conformidad con los hechos expuestos en los literales a), b), c), d), y e), del punto anterior, entre la Electrificadora de Cundinamarca y el demandante no se operó el fenómeno jurídico de sustitución de patronos, por cuanto el patrono sustituto de la extinta Compañía Colombiana de Electricidad fue el Gobierno Nacional y no la Empresa demandada, pues lo evidente es que ésta última tan sólo ha venido actuando como Administradora del Gobierno Nacional en los bienes que la misma Empresa demandada recibió por inventario. Esta aseveración resulta incuestionable, si se tiene en cuenta, que el Gobierno Nacional no ha traspasado hasta el momento a la Electrificadora de Cundinamarca S. A., el dominio de los bienes pertenecientes a la División C.C. Girardot de la extinta Compañía Colombiana de Electricidad.

"Al 3º. Lo niego, y aclaro:

"A) La extinta Compañía Colombiana de Electricidad reconoció y pagó al reclamante señor **Eladio Leal Durán** la suma de $ 44.225.25 por concepto de pensión de jubilación conmutada, correspondiente a 20 años de servicios, agregando la compensación por la pensión en caso de muerte (artículo 27 del C.S. del Trabajo), según liquidación que el interesado revisó y aprobó conforme consta en el Acta de Conciliación Nº 37, de fecha 26 de mayo de 1965 suscrita en Bogotá por las partes ante el señor Inspector Regional de Trabajo de Cundinamarca, acta en la cual consta que la mesada asignada al trabajador fue de $ 600.00 mensuales.

"El arreglo anterior se llevó a cabo en desarrollo de la parte final de la cláusula 10 del Contrato celebrado entre el Gobierno y la mencionada Compañía, autorizado por la Ley 13 de 1962, que textualmente dice lo siguiente:

"Para responder del pago de la jubilación a aquellos trabajadores o empleados que habiendo completado veinte (20) años al servicio de la Compañía no hubieren alcanzado la edad legal en la "fecha de la venta", la **Compañía** prestará al **Gobierno** una adecuada garantía bancaria o de Compañías de Seguros, siendo entendido que esta garantía no excluye la posibilidad de un arreglo o transacción directa con esos empleados y trabajadores, según lo permiten las leyes vigentes".

"B) En el numeral 8º del Acta de Conciliación Nº 37 de fecha 26 de mayo de 1964, por medio de la cual se llegó a un arreglo sobre pensión de jubilación entre el señor Eladio Leal Durán y la Compañía Colombiana de Electricidad, consta expresamente que el primero de los nombrados se reservó "el derecho a solicitar a la Electrificadora de Cundinamarca S. A., su jubilación cuando se haga exigible", reserva que está precedida de la siguiente aclaración: "En tal caso el valor cancelado por la Compañía Colombiana de Electricidad en virtud de este arreglo se tomará en cuenta por la Electrificadora de Cundinamarca S. A., al liquidar la referida jubilación".

"C) De acuerdo con los datos que aparecen en la Administración de la zona de Girardot, el señor Eladio Leal Durán trabajó como Jefe de la Planta "La Salada" en el Municipio mencionado, desde el 16 de mayo de 1961, fecha en que fue trasladado desde la planta de Gaira (Magdalena) por la Compañía Colombiana de Electricidad, hasta el 1º de marzo de 1966, fecha ésta en la cual la Electrificadora de Cundinamarca S. A. decidió pensionar al mencionado trabajador quien ya había cumplido más de 50 años, en prevención a la nueva organización que había necesidad de darle a la Empresa con motivo de la interconexión total al sistema de esta última con la línea a 115.000 voltios

que estaba por concluirse por cuenta de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, y dándole aplicación a lo preceptuado por el inciso 2º del Artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Al trabajador reclamante le fue comunicada esta determinación de la Empresa y la liquidación correspondiente de su pensión de jubilación, por medio de los oficios Nos. 739 de marzo 20 de 1967 y 767-A de la misma fecha. Se aclara expresamente, que la liquidación definitiva de la pensión de jubilación reconocida por esta Electrificadora al reclamante en referencia, deducida la pensión que fue conmutada por la extinta Compañía Colombiana de Electricidad en cuantía de $ 600.00 mensuales, es la siguiente:

"Del 1º de marzo/66 al 31 de octubre/66 a razón de $ 1.556 mensuales, 8 meses .....$	12.288.00
"Del 1º de noviembre/66 al 28 de febrero/67 a razón de $ 1.686.00 mensuales, 4 meses .....$	6.744.00
	19.032.00
Promedio mensual $ 19.932.-12	1.585.00
"75% sobre $ 1.585.00 promedio mensual	1.189.50
"Menos jubilación conmutada .	600.00
"Suma a recibir por jubilación	589.00

"En consecuencia la mesada que usted recibirá será de $ 589.50.

"Al 4º Lo niego y ratifico los hechos expresados en el punto anterior, por estar ceñidos tales hechos a la auténtica realidad de lo ocurrido. Me atengo a lo que se demuestre en el juicio.

"Al 5º Lo niego y me ratifico en lo expresado en el numeral tercero de esta contestación de la demanda. Me atengo a lo que se demuestre en el juicio.

"Al 6º Lo niego, y aclaro: El demandante señor Eladio Leal Durán ha venido recibiendo de parte de la Electrificadora de Cundinamarca S. A. y a partir del 1º de marzo de 1966 la pensión de jubilación que le correspondía de acuerdo con las leyes laborales vigentes en la época en que le fue reconocida dicha pensión deducida la pensión que le fue conmutada por la extinta Compañía Colombiana de Electricidad en cuantía de $ 600.00 mensuales. La pensión de jubilación reconocida por la Empresa demandada al demandante se dejó claramente discriminada en el literal C) del numeral 3º de la presente contestación. Ratifico que la liquidación de la pensión de jubilación llevada a cabo por la demandada es la que se determina en el mencionado literal C). La Electrificadora de Cundinamarca S. A., ha venido pagando ininterrumpidamente al señor Eladio Leal Durán una pensión mensual de jubilación por la suma de $ 589.50, desde el 1º de marzo de 1967, fecha esta última en que fue retirado del servicio unilateralmente por el patrono, suma que adicionada a la cantidad de $ 600.00 en que le fue conmutada la pensión por la extinta Compañía Colombiana de Electricidad de conformidad con el arreglo que obra en la citada Acta de Conciliación Nº 37 de fecha 26 de mayo de 1965, da un total de $ 1.189.50, suma esta última que corresponde al 75% del sueldo básico que devengó el trabajador reclamante en el último año. sobre un promedio mensual de $ 1.586.00 M/cte.

"Al 7º Lo niego y aclaro: Al demandante Eladio Leal Durán no le reconoció y pagó la Electrificadora de Cundinamarca S. A., la indemnización por despido que consagra el artículo 2º del Laudo Arbitral de fecha 1º de febrero de 1967, a favor de aquellos trabajadores que sean despedidos unilateralmente por el patrono sin justa causa, por la sencilla razón de que el parágrafo 1º del citado artículo dispone expresamente que de la indemnización en referencia "quedan exceptuados todos aquellos trabajadores a quienes se les termine el contrato de trabajo por jubilación".

"Al 8º Lo acepto.

"Al 9º Lo niego, y aclaro: El promedio mensual devengado en el último año de servicios por el trabajador Eladio Leal Durán fue de $ 1.586.00 puesto que el último sueldo

fue efectivo a partir del 1º de noviembre de 1966, con un promedio diario de $ 52.87 y no de $ 56.20, como afirma el señor apoderado en la demanda que contesto.

"Al 10. Lo niego, y me atengo a lo que se demuestre en el juicio.

"Al 11. Lo niego, y aclaro: No es verdad que la demandada hubiera guardado silencio a la reclamación gubernativa presentada por el señor apoderado del demandante Eladio Leal Durán. Lo cierto es, que la demandada decidió o resolvió la reclamación formulada por el mencionado apoderado, por medio de la resolución Nº G-VIII - 69 - 109 de fecha 22 de agosto de 1969, resolución que fue notificada por medio del Edicto en la forma como lo previene el Código Administrativo".

Tramitado el juicio se puso fin a la primera instancia en sentencia de 5 de marzo de 1971 en la que el Juzgado resolvió:

"1º **Condenar** a la **Electrificadora de Cundinamarca S. A.** a pagar al señor **Eladio Leal Durán**, la cantidad de $ 35.607.74 por concepto de lucro cesante.

"2º **Condenar** a la **Electrificadora de Cundinamarca S. A.** a pagar al señor **Eladio Leal Durán** la cantidad de $ 52.87 diarios a partir del 20 de junio de 1967 hasta la fecha en que cancele el valor del lucro cesante.

"3º **Absuélvese** a la **Electrificadora de Cundinamarca S. A.** de la súplica restante.

"4º **Costas.** A cargo de la demandada en un 60%".

Apelaron de esta providencia los apoderados de las partes y el Tribunal decidió la alzada en fallo de 10 de noviembre de 1971 por medio del cual dispuso:

"1º **Revocar** como en efecto revoca los numerales 1º, 2º y 4º, del fallo apelado y en su lugar dispone: **Absuélvese** a la demandada de las condenas a que se contraen los numerales 1º, 2º y 4º de la sentencia recurrida.

"2º **Condénase** en costas de la primera instancia a la parte actora, **tásense.**

"3º **Confirmar** como en efecto confirma el numeral 3º del fallo impugnado.

"4º **Sin costas** en esta instancia.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del actor. El ad-quem lo concedió y posteriormente fue admitido en la Corte.

El recurso

Pretende el recurrente en la demanda con que la sustentó, que la Corte, Sala Laboral, case el fallo de segundo grado, la invalide totalmente en cuanto absolvió de las súplicas hechos en el libelo inicial "y como Tribunal de instancia dicte la sentencia reformando la del juez de primera instancia, condenando a la entidad demandada no solo al lucro cesante sino también a la pensión de jubilación y a la indemnización por no pago hasta que se paguen la totalidad de las acreencias laborales".

Motivos de casación

Impugna la sentencia el recurrente "por causal 1ª del artículo 60 del decreto legislativo 528 de 1964, en concordancia con el artículo 1º del decreto legislativo 1822 de 1964, y los artículos 15 (sic) de la Ley 16 de 1968 y 7º de la Ley 16 de 1969", y presenta dos cargos, que se estudiarán separadamente.

El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de oposición.

Primer cargo

Está enunciado así:

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta, por error de hecho, e indebida aplicación de los artículos 1º, 11 de la Ley 6ª de 1945; artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945; artículo 1º del Decreto 797 de 1949; artículo 17 letra b), 46, 47, 48, 49, 57 de la Ley 6ª de 1945; artículo 53 del Decreto 2127 de 1945; Leyes 6ª de 1945; artículo 29, Ley 24 de 1947; artículo 1º, inciso 1º, Ley 72 de 1947; artículo 21, Decreto reglamentario Nº 2921 de 1948; artículo 1º, Ley 171 de 1961; artículo 8º y Decreto 1611 de 1962; artículo 21 inciso 2º y artículos 3, 452 a 461 del C. S. del Trabajo".

El error de hecho lo cometió el Tribunal, dice el recurrente "por haber apreciado mal las pruebas de los folios 11 y 12, 13, 14 y 15, contestación de la demanda folios 18 a 22;

folios 46 a 62, folios 66 a 68, folios 69 a 74; folios 87 a 91; folios 93 a 111, 117, 120 a 123, 124 a 125".

Transcribe enseguida el acusador un pasaje del fallo recurrido y dice que el fallador en síntesis afirma que el despido de Leal se debió a que la demandada tenía el deseo de que aquél entrara a gozar de su "plena jubilación" y fue así como en la documentaria de folios 11 y 12, incurrió en un error al invocar como causa del despido el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Para el censor no es correcta la apreciación de las pruebas hechas por el Tribunal porque dice que en el momento del despido Leal no tenía sino un tiempo de servicio continuo en la Electrificadora de Cundinamarca S. A. de 14 años, 7 meses y 18 días; teniendo en cuenta la sustitución patronal que se produjo entre la Compañía Colombiana de Electricidad y la demandada.

Afirma luego que en estas circunstancias el ad-quem no podía acumular el tiempo anterior servido por el actor a la Colombiana de Electricidad porque esta era una empresa particular y por mandato de las Leyes 6ª de 1945, artículo 29, 24 de 1947, artículo 1º, 72 del mismo año, artículo 21 y Decreto 2921 de 1948, artículo 1º, "solamente se puede acumular el tiempo de servicios oficiales continuo o discontinuo, prestado a entidades oficiales, y en ningún caso a una entidad particular", como fue el servido por Leal a la Compañía Colombiana de Electricidad entre el 26 de julio de 1936 y el 20 de julio de 1947.

A continuación el recurrente analiza la conciliación celebrada entre Colombiana de Electricidad y el actor cuya acta obra a folios 120 a 124 y dice que ella definió no solamente para el pasado sino para el futuro "cualquier reclamación que hubiera podido existir respecto a los derechos laborales surgidos durante la vigencia del contrato de trabajo" entre Leal y la mencionada sociedad, tal como se expresa en su numeral 8º que transcribe y manifiesta que al expedirse el finiquito que contiene esta diligencia, la Electrificadora de Cundinamarca, nuevo patrono, y el trabajador, no podían tener ninguna duda sobre los derechos de éste con su pensión de jubilación de 20 años de servicio y que también fue motivo de conciliación el hecho de que el actor siendo un servidor de una empresa privada "tenía que tener como requisito la edad de 55 años de edad, (sic) lo que fue otro elemento para que la Compañía Colombiana de Electricidad hubiera finiquitado "con Leal" dicha pensión de jubilación, con su requisito de más de 20 años de servicio".

Agrega que otro aspecto del error en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas consiste en que concluye que hubo una conmutación de la pensión, cuando los términos del acta establecen en forma fehaciente que no existió tal conmutación sino un acuerdo distinto, una verdadera conciliación. Para demostrar lo dicho transcribe varias cláusulas del arreglo celebrado entre su poderdante y la Compañía Colombiana de Electricidad como la "parte introductiva" y sus puntos 1º y 3º.

Asevera luego que la expresión conmutarse que emplea el acta equivale al pago de la pensión a Leal "causada por su tiempo de servicio de más de 20 años, faltándole sólo para su exigibilidad su requisito de edad", y explica que para "que hubiera habido la conmutación de la pensión de jubilación, entre la Compañía Colombiana de Electricidad y la Electrificadora de Cundinamarca, tendrían que operarse estos requisitos: a) Que al momento de la sustitución patronal, es decir a la "fecha de la venta", 12 de diciembre de 1961, estuviere pendiente la pensión causada de Eladio Leal; b) Que entre tales entidades patronales, hubiere habido acuerdo respecto a la sustitución para aceptar las obligaciones concernientes al pago de las obligaciones originadas en dicha pensión causada; c) Que la Colombiana de Electricidad S. A. en virtud de dicho erreglo hubiera dado suma alguna de dinero, o garantía bancaria o de compañía aseguradora o hubiera puesto suma alguna de dinero a órdenes de la Electrificadora de Cundinamarca S. A., a fin de que ésta como entidad sustitutiva en el pago, pudiera atender al pago de tal prestación; y d) Que dicho acuerdo hubiera sido aprobado por el Ministerio del Trabajo mediante resolución ejecutoriada (Ley 26 de 1971; Decreto 2677 de 1972)".

Pero estos requisitos indica, no tenían razón de existir ni de cumplirse, por cuanto la conciliación hacía imposible que tal fenómeno jurídico ocurriera toda vez que la Compañía Colombiana de Electricidad presentó el finiquito respecto a dicha pensión de jubilación y por consiguiente, no podía, dice, operarse el fenómeno de conmutación de la pensión de jubilación.

A continuación, el recurrente expresa que sobre las anteriores bases, basta sólo escudriñar "la verdadera causa que tuvo la entidad patronal al suscribir las documentarias de los folios 11 a 14, ya que, sólo así, se podrá ver más claramente cómo el adquem erró al concluir que Leal "sí fue despedido injustificadamente y mediante causales inexistentes".

Las causales inexistentes a que alude se limitan a la afirmación del censor de que Leal sólo tenía un tiempo de servicio continuo a Electrificadora de Cundinamarca, en virtud de la sustitución patronal de 14 años, 7 meses y 18 días.

El recurrente examina luego la documental de los folios 117 y 119 y la declaración de Gilberto Poveda Gómez y manifiesta que de estas pruebas resulta que Leal no fue despedido para pagarle pensión plena de jubilación sino de reconocerle una mesada írrita, ya que si se le pensionaba con la prestación restringida ella equivalía a $ 869.63 y no a $ 589.50.

También se deduce de las pruebas, expresa el recurrente, que el patrono de Leal, al despedirlo en los términos dichos sólo pretendía la aplicación del laudo arbitral que obra a folios 99 y 111, cuya cláusula 2ª garantizaba su estabilidad o al menos el pago de la indemnización consagrada en la letra D) de aquélla.

Afirma luego que constituye error del Tribunal aplicar el parágrafo de la cláusula 2ª citada, para concluir que Leal estaba exceptuado de lo previsto en ella, por haber sido despedido en razón del reconocimiento de pensión de jubilación.

Por último, manifiesta el impugnador que Leal tiene derecho a la indemnización por despido injusto y que como ella genera a términos del Decreto 797 de 1949 sanción moratoria, también debe serle reconocida porque la Empresa obró de mala fe al no pagarle el lucro cesante.

El opositor dice que el cargo se involucra en dos:

a) Infracción indirecta por error de hecho y b) aplicación indebida de normas legales.

Sobre el primero manifiesta que el Tribunal se basó en el conjunto de pruebas que se aportaron al proceso y especialmente en el análisis exhaustivo del acta de conciliación, lo que lo llevó a la convicción de que el contrato de trabajo entre Leal y Electrificadora de Cundinamarca fue terminado por esta justa causa y que si tal cosa fue así, el segundo cae por su base.

Se considera

La Corte encuentra que este cargo no es doble como lo califica el opositor, sino que corresponde en su formulación a un ataque por aplicación indebida de varias disposiciones legales y reglamentarias cuya causa, según el recurrente obedeció a errores de hecho que a su vez, según lo pregona se produjeron por errónea interpretación de varias pruebas.

Es propósito del imugnador quebrar la sentencia en cuanto absolvió a la parte demandada de las peticiones por lucro cesante e indemnización moratoria.

El ataque contra la sentencia que sobre los puntos mencionados hace el recurrente, es confuso y más parece un alegato de instancia.

En ninguna parte se precisa claramente el error o errores en que pudo incurrir el Tribunal.

Sin embargo, siguiendo los razonamientos del impugnador, entiende la Corte que uno de los fundamentos del error consiste para aquél en que el Tribunal frente al contenido de las cartas de folios 11, 12, 13 y 14 haya dicho que a pesar de que Electrificadora de Cundinamarca invocó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ello se debió a una equivocación en la cita de la disposición legal porque lo que se reconoció a Leal fue su pensión plena.

Es cierto que tales documentos expresan que Electrificadora de Cundinamarca decidió pagar a Leal su pensión de jubilación

"teniendo en cuenta el artículo octavo de la Ley 171 de 1961", que en parte transcribe, pero al hacer la liquidación de aquélla su valor es equivalente a la jubilación ordinaria y no a la restringida.

En esto y en otras consideraciones atendibles como en que el actor tenía más de veinte años de servicio y la edad requerida por la ley, se fundamentó el Tribunal para decir que Electrificadora de Cundinamarca había incurrido en error respecto a la cita de la norma legal invocada.

Para el recurrente, el tiempo de servicio continuo del actor a Electrificadora de Cundinamarca es sólo de 14 años, 7 meses y 18 días, según se desprende del contrato de trabajo que obra al folio 15 de los autos, y en consecuencia afirma tal documento se apreció mal por el ad-quem y de no haber sido por su equivocada estimación, se concluiría que en realidad se puso fin al vínculo con fundamento en el precitado artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Debe precisarse en primer término que el documento se refiere al tiempo continuo de servicios prestados por Leal desde el 11 de julio de 1952 hasta el 16 de mayo de 1961 a la Compañía Colombiana de Electricidad.

Además, no debe perderse de vista que se aceptó por el recurrente que entre aquella sociedad y la Electrificadora de Cundinamarca S. A., operó una sustitución de patronos y que Leal pasó a laborar con la última y duró haciéndolo hasta el 1º de marzo de 1966. Es por esta razón por la que da por demostrado un tiempo continuo de servicios con la demandada de 14 años, 7 meses y 18 días. Suma entonces el recurrente el tiempo trabajado por el actor a las dos sociedades en la forma dicha.

Ocurre entonces que si Leal antes de 1952 había trabajado con la Colombiana de Electricidad del 28 de julio de 1936 hasta el 20 de junio de 1947, este tiempo también en virtud de la sustitución patronal debía tenerse en cuenta para efecto del reconocimiento de pensión jubilatoria, aunque tuviera la calidad de discontinuo.

Este otro extremo de la relación aparece aceptado por Leal en la conciliación que celebró con la Compañía Colombiana de Electricidad, numeral 3º, Fl. 120.

Tal cosa fue lo que consideró el Tribunal y en su razonamiento no se encuentra tampoco error alguno, porque lo alegado por el censor respecto a que solamente se puede acumular tiempo de servicio prestado a distintas entidades oficiales y no a éstas y a una privada no es fundamento del fallo. Lo que consideró el ad-quem fue que, en virtud de la sustitución patronal, el contrato entre Leal no se había interrumpido ni extinguido y por tanto, tomó en cuenta el servicio continuo y discontinuo prestado por aquél a la Colombiana de Electricidad agregando a este tiempo el trabajado por el actor a Electrificadora de Cundinamarca.

Sostener lo contrario equivaldría a que en tales casos el trabajador particular perdiera el tiempo laborado en favor de un patrono particular. Por lo demás, la posición del recurrente es contradictoria cuando acepta esa suma de tiempo pero sólo en lo que puede beneficiarlo.

El recurrente predica también error en la apreciación que hizo el Tribunal de la conciliación que celebraron Leal y la Compañía Colombiana de Electricidad y tal equivocación la concreta diciendo que en realidad lo que conmutó esta empresa fue la pensión del trabajador por una suma que le entregó, teniendo en cuenta que el actor no tenía la edad pensionable para gozar de la prestación.

En el juicio no se ha discutido y antes por el contrario se aceptó por las partes en la diligencia de conciliación que la Compañía Colombiana de Electricidad vendió todos los bienes muebles e inmuebles de que era propietaria al Gobierno Nacional y que dicha venta se verificó el 12 de diciembre de 1961.

Tampoco en el recurso se discute que es patrono sustituto la Electrificadora de Cundinamarca S. A. por haber pasado a su patrimonio parte de esos bienes.

La conciliación se verificó el 26 de mayo de 1965, y es cierto como lo dice el recurrente que entre Leal y la Compañía Colombiana de Electricidad se pactó una "conmutación" de la pensión.

Sin embargo tal diligencia contiene una cláusula mediante la cual, Leal "se reserva el derecho a solicitar a la Electrificadora

de Cundinamarca S. A. su jubilación cuando se haga exigible" y agrega: "En tal caso el valor cancelado por la Compañía Colombiana de Electricidad en virtud de este arreglo se tomará en cuenta por la Electrificadora de Cundinamarca S. A. al liquidar la referida jubilación". En otro aparte se agrega: "La Compañía enviará a la referida Electrificadora copia formal de este documento".

No puede entonces, como lo hace el recurrente valerse parcialmente de determinadas cláusulas de la indicada conciliación para tratar de demostrar sólo con ellas que hubo errores en su apreciación.

La Compañía Colombiana de Electricidad, que años antes había vendido sus bienes muebles e inmuebles, pactó válidamente con Leal que al decretársele su pensión por Eelectrificadora de Cundinamarca S. A., se tendría en cuenta el valor que le reconoció en la conciliación mencionada y como la pensión conmutada tenía un valor de $ 600.00 mensuales, la demandada no hizo otra cosa que aplicar la estipulación respectiva al liquidar la pensión plena del trabajador.

No se observa en consecuencia error en esta consideración del Tribunal.

Dice el impugnador que la demandada no tuvo "otro miramiento" al despedir a Leal que el de eludir la aplicación del laudo arbitral de folios 99 a 102 y que el error de apreciación del mismo fue el de aplicar el parágrafo de su cláusula 2ª, para concluir que el actor estaba exceptuado "de dicho laudo arbitral" porque su contrato de trabajo fue terminado por jubilación.

Al considerar el ad-quem que Leal tenía derecho al pago de pensión ordinaria por veinte años de servicio y edad de 50 años que esta prestación fue la reconocida por la demandada y que era válida la estipulación pactada en el acta de conciliación respecto a que del monto de la pensión plena se descontara la suma de $ 600.00 no lo llevó a cometer error de hecho, sino simplemente a aplicar lo dispuesto por el artículo 2º del Laudo Arbitral, que después de graduar la indemnización por despido injusto, de acuerdo con el tiempo servido, por el trabajador a quien se aplicaba, dispuso: "Parágrafo. De la anterior tabla quedan exceptuados todos aquellos trabajadores a quienes se les termine el contrato por la jubilación".

Finalmente respecto a la indemnización moratoria, al no prosperar el cargo en relación con lucro cesante, aquélla carece de fundamento.

Se desestima este ataque por cuanto no se demostraron los errores de hecho imputados al Tribunal.

Segundo cargo

El impugnador lo enuncia en la siguiente forma:

"La sentencia incurrió en infracción indirecta por error de hecho e indebida aplicación de los Arts. 1º, 11 de la Ley 6ª de 1945, Arts. 2º y 3º de la Ley 64 de 1946, Arts. 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, Arts. 1º del Decreto 797 de 1949, Art. 17 letra b), 46, 47, 48, 49, 57, L. 6ª de 1945, Art. 53, D. 2127 de 1945, Leyes 6ª de 1945, Art. 29, L. 24 de 1947, Art. 1º, inciso 1º, L. 72 de 1947, Art. 21, Decreto reglamentario 2921 de 1948, Art. 1º, L. 171 de 1961, Art. 8º y Art. 21 inciso 2º del D. 1611 de 1962, Art. 27 numeral 2º del D. 2127 de 1945".

La sentencia incurrió en dicho error al apreciar mal las pruebas de los folios "5, 11, 14, 15, 35, 46, 62, 66, 68, 69, 74, 87, 111, 117, 125".

Copia en seguida el recurrente los pasajes del fallo que se refieren al estudio de la pretensión de pago de pensión de jubilación y afirma que ninguna de las pruebas llevan a la conclusión de que "la Electrificadora de Cundinamarca S. A. sustituyera a la Colombiana de Electricidad S. A. en el pago de la pensión de jubilación". Dice que tampoco está demostrado que la demandada hubiera recibido de la Colombiana suma o garantía alguna para atender el pago pensional de Leal, como tampoco que éste hubiera adquirido obligación de reintegrarle a la Electrificadora la cantidad de $ 600.00, o que hubiera estipulado que "su nueva entidad patronal podría conmutar o descontar igual suma de dinero por ningún concepto, y menos de la pensión de jubilación,

finiquitada según el acta de conciliación de folios 120 a 122 y 124 suscrita con la Colombiana de Electricidad S. A., sino que por el contrario en términos fehacientes hizo la reserva, "Que el exponente se reserva el derecho a solicitar a la Electrificadora de Cundinamarca S. A., su jubilación cuando se haga exigible".

A continuación expresa algunos conceptos sobre lo que debe entenderse por conmutación y analiza varias de las cláusulas del acta de conciliación a que se refirió.

Dice, como en el cargo anterior que, su poderdante solamente tenía un tiempo de servicios continuos con Electrificadora de Cundinamarca de 14 años, 7 meses y 18 días, a partir del 12 de julio de 1952 y que con un sueldo promedio de $ 1.586.00 en el último año, le hubiera correspondido a Leal una pensión sanción de $ 869.63, o sea el 75% de la ordinaria, suma superior a la que se está pagando a Leal.

Repite también que no se puede acumular tiempo servido a una entidad privada con el prestado a una oficial.

Después de hacer otras consideraciones expresa el recurrente: "De lo anterior se desprende en primer lugar que no hubo conmutación de la pensión de jubilación, y que menos aún hubo acto por escrito, de mi poderdante que autorizara a Electrificadora de Cundinamarca S. A., para retener, deducir, compensar o conmutar de sus prestaciones sociales, y menos de su pensión de jubilación por lo cual, la Electrificadora de Cundinamarca S. A., al hacerlo según la documentaria de los folios 11 a 14, estaba violando el Art. 27 numeral 3º del Decreto 2127 que prohibe al patrono, deducir, retener y compensar suma alguna del monto de los salarios o de las prestaciones en dinero sin orden específica del trabajador para cada caso, o sin mandamiento judicial, tal como reza el aludido precepto".

Con fundamento en lo expuesto pide el recurrente que se case la sentencia y en sede de instancia se condene bien a la pensión completa a que tiene derecho Leal, o a reintegrarle la suma de $ 600.00 mensuales desde que comenzó a gozar de la prestación y al pago de indemnización moratoria por haberle descontado ilegalmente Electrificadora de Cundinamarca dicha suma mensualmente.

El opositor nuevamente dice que en el cargo se involucran dos; manifiesta que considera inoficioso agregar razones distintas a las que dio el Tribunal en su sentencia y finaliza expresando que el recurrente no concreta la forma como se produjo la indebida aplicación de la ley.

Se considera

En este ataque el recurrente no demuestra en ninguna forma por qué las pruebas que indica fueron erróneamente apreciadas por el fallador. Se limita a expresar conceptos para probar la equivocación del adquem, lo cual es inaceptable en un cargo formulado por la vía indirecta, es decir violación de ley sustancial a través de error de hecho, en el sub-lite.

Confundió el impugnador el remedio extraordinario con una tercera instancia no aviniéndose entonces al texto 91 del C.P.L.

Por lo demás, plantea hechos contrarios a aquellos con que sustentó sus peticiones en el juicio, es decir parte en la sustentación del cargo de bases que ya en el recurso no pueden admitirse como la afirmación de que no existió sustitución de patronos entre la Compañía Colombiana de Electricidad y la Electrificadora de Cundinamarca S. A.

Por no reunir este ataque las exigencias mínimas de técnica, se rechaza.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 10 de noviembre de 1971, en el juicio seguido por Eladio Leal Durán contra Electrificadora de Cundinamarca S. A.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, 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.

VIATICOS

En conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 del C. S. T.:

"1. Los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

"2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., dieciocho de octubre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor Luis Fernando Cadavid Restrepo, por medio de apoderado, presentó demanda laboral de mayor cuantía contra la empresa Polímeros Colombianos S. A.

Con la finalidad de obtener el pago de:

"1. **Salario.** Las sumas correspondientes al salario pendiente en la fecha de mi retiro.

"2. **Ajuste de salario.** a) El ajuste de salario correspondiente a la remuneración pactada de un mil pesos ($ 1.000.00) cubierta inicialmente y dejada de pagar durante los últimos meses. b) La adición compensatoria por la cláusula de exclusividad en el servicio impuesto por la empresa.

"3. **Sobrerremuneración por trabajo en dominicales y festivos.** El valor de la sobreremuneración por el servicio prestado en días dominicales y festivos durante los períodos de labor fuera del país.

"4. **Compensación en dinero del período de vacaciones** causadas y no disfrutadas.

"5. **Ajuste de prima de servicios.** Durante todo el tiempo de servicios, con base en el salario integral computable para cada caso.

"6. **Indemnización por terminación unilateral del contrato.** Pago del equivalente de ciento treinta y tres cero cinco días (133.05) días de salario integral computable por concepto de indemnización.

"7. **Indemnización por pacto de no concurrencia y desempleo.** Pago del equivalente de doce (12) meses de salario integral por concepto de indemnización por pacto de exclusividad y desempleo.

"8. **Cesantía.** Pago del auxilio de cesantía con base en el salario integral.

"9. **Indemnización por mora.** Pago de la indemnización correspondiente por mora en el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa desde la fecha del despido hasta aquella en que sean efectivamente cubiertas dichas obligaciones o efectuado la consignación suficiente.

"**Costas.** Pago de las costas del presente juicio".

Como hechos expuso el demandante los que se sintetizan a continuación:

Que mediante contrato de trabajo escrito empezó a trabajar con la firma Polímeros Colombianos S. A., con sueldo inicial de cuatro mil pesos mensuales y dice que esa remuneración le fue elevada gradualmente hasta llegar a once mil pesos.

Que su labor en la empresa era la de jefe de ventas, cargo que desempeñó del 22 de septiembre de 1964 al 24 de febrero de 1970. Cuando por decisión unilateral de la empresa le fue cancelado el contrato de trabajo.

Que tuvo una sobrerremuneración de un mil pesos por cuanto él utilizaba su propio vehículo, cantidad esta que le fue suspendida en los últimos meses.

Que suscribió pacto de exclusividad, por el que se obligó a no trabajar por un año en ninguna empresa similar al salir de esa compañía.

Que viajaba dentro del país y fuera de él; que cuando salió del país no le fue pagada la sobrerremuneración por dominicales y festivos.

Que cuando salía de la sede a correrías dentro de la República y fuera de ella le reconocían viáticos por el sistema de avances de cuantía variable.

Que para la liquidación de las prestaciones fue utilizada una base notoriamente incompleta por cuanto no fue computada la sobrerremuneración ni los viáticos, ni se le dio la compensación por el pacto de exclusividad.

La parte demandada, se opuso a lo sustancial de la acción aceptó solamente los hechos primero, con explicaciones, segundo, y décimo, con salvedades, negó unos y remitió a la prueba los otros.

Propuso además las excepciones de: Pago, prescripción y compensación.

El Juzgado Laboral del Circuito de Itagüí, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de veinte de noviembre de mil novecientos setenta por el que resolvió como se traslada:

"1. Condénase a la Empresa Polímeros Colombianos S. A., domiciliada en este Municipio a pagar al señor Luis Fernando Cadavid Restrepo, de las condiciones civiles anotadas en la demanda, la suma de $ 66.000.00 por concepto de seis meses de salario y como incumplimiento del contrato en el cual pactó la cláusula de no concurrencia.

"2. Se declara probada la excepción de pago propuesta por la demandada en cuanto a salarios pendientes en la fecha de retiro del actor, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, por prima de servicios, y pago por prestaciones sociales. Las demás excepciones se declaran no probadas por no haberse demostrado.

"3º Se absuelve a la empresa demandante de los restantes cargos formulados en el libelo demandatorio.

"4º Se condena a la empresa a pagar el 40% de costas".

Apelaron las partes de esa decisión y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por medio de sentencia de fecha dieciocho de enero del corriente año resolvió así:

"a) CONDENASE a la Sociedad Polímeros Colombianos S. A., con domicilio en el Municipio de Itagüí y representada por el doctor Hernán Jaramillo Mejía como Gerente, o por quien haga sus veces, a pagar al señor Luis Fernando Cadavid Restrepo, identificado en el escrito de demanda, las siguientes sumas de dinero: sesenta y seis mil pesos ($ 66.000.00) a título de indemnización según lo convenido entre las partes al estipular la cláusula de reserva de que se ha hecho mérito en la parte expositiva anterior, y dos mil setecientos veintiocho pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 2.728.58) por concepto de salarios debidos al momento de su desvinculación laboral.

"b) Se declara probada la excepción de pago propuesta por la demandada en lo referente a vacaciones compensadas, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, primas de servicios y cesantía. Se declaran no probadas las restantes.

"c) ABSUELVESE a la Compañía demandada de los demás cargos que le aparecen de la demanda.

"d) La demandada pagará al demandante, además, las costas de la primera instancia rebajadas en un 50%. Se ABSUELVE de las de esta segunda.

"Así queda CONFIRMADA y REVOCADA en parte la sentencia que por apelación se revisa, de fecha y procedencia preindicadas.

Ambas partes interpusieron contra esa sentencia el recurso extraordinario de casación, que fue admitido aquí por la Sala.

Corridos los traslados de rigor, la parte demandante presentó su demanda, empero no así la demandada recurrente, por lo que fue declarado desierto el recurso en cuanto a ella respecta.

Se procede pues, a decidir la de la parte demandante sin réplica de la opositora.

La demanda

Alcance de la impugnación

Persigue el casacionista el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, con la finalidad de que la Corte constituída en Tribunal de instancia revoque el proferimiento de primer grado y haga en su lugar los reajustes, o condenaciones a que se refiere especialmente en cada cargo.

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta los siguientes cargos:

"Cargo primero

"Compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas

"Acuso la sentencia por violación directa del Art. 186 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el Art. 189 id. y en concordancia con el Art. 14 del Decreto 2351 de 1965, nacida de la interpretación errónea de la ley.

"Dijo el ad-quem sobre este punto:

" 'La Sala considera equivocada la interpretación dada por la parte actora al Art. 14 del Decreto 2351 de 1965, que modificó el 189 del Código, sobre compensación en dinero de las vacaciones, según se lee a folios 142. No cabe interpretación ante la meridiana claridad del texto: la compensación de las vacaciones en dinero "procederá **por año cumplido** de servicio y **proporcionalmente por fracción de un año, siempre que ésta exceda de seis (6) meses**". En este orden de ideas, la liquidación de las vacaciones compensadas que hizo la empresa, se halla correcta, pues, por otra parte, no se demostró que hubiera quedado pendiente el pago de seis días como se afirma en el hecho treceavo (sic) de la demanda (Fls. 4). Habrá de confirmarse, por tanto, la decisión absolutoria de este cargo'.

"No fueron discutidos los hechos por las partes ni estuvo puesta en juicio la prueba del trabajo en el lapso comprendido del 21 de septiembre de 1968 (fecha en que terminaron las últimas vacaciones reconocidas en tiempo), al 24 de febrero de 1970, fecha de la desvinculación del trabajador. La empresa, tomando siempre la parte básica del salario a la que limitó sus liquidaciones, incluyó en su consignación la compensación de las vacaciones correspondientes 1 período anual comprendido entre el 21 de septiembre de 1968 y el 20 de septiembre de 1969. De forma que, siendo el lapso corrido desde las últimas vacaciones de 520 días, compensó solamente una cuota proporcional a 360 días.

"Cuando el contrato de trabajo termina sin que el trabajador haya disfrutado de vacaciones, la compensación procede en forma proporcional, siempre que la vinculación laboral exceda de seis meses. Ese es el espíritu de la ley. Y la vinculación del trabajador demandante tenía varios años. Al interpretar la reforma legal que estableció la proporcionalidad de las vacaciones en el sentido de que el lapso de seis meses señalado como mínimo, no da base para el fraccionamiento del tiempo trabajado sin vacaciones en la forma hecha por la empresa y aprobada por el fallo sino que, cumplidos los primeros seis meses de servicio, en lo sucesivo toda liquidación a efectuar al terminar el contrato es proporcional. Con mayor razón cuando, como en el presente caso, el período pendiente era de 520 días.

"El trabajador demandante no había recibido sus vacaciones en tiempo al termi-

nar el año, ni había convenido ninguna acumulación con la empresa, pero ni siquiera había gozado de los seis días hábiles mínimos fijados por el Decreto 13 de 1967, de manera que no cabía la presunción de acumulación.

"Por consiguiente, la liquidación proporcional ha debido ser hecha sobre 520 días y no solamente sobre 360 días como hizo la empresa. Y el fallo, al interpretar el corte de períodos en la forma como he dejado dicho, interpretó erróneamente la norma que establece la proporcionalidad.

Alcance de la impugnación

Pretendo con este cargo que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto declara la excepción de pago en relación con la solicitud de vacaciones compensadas e, implícitamente, la de no causación del derecho para que, colocada esa entidad en posición de tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado en ese mismo punto y, en su lugar, haga la condenación (sic) correspondiente".

Se estudia el cargo

El ataque se concreta pues, a que, en concepto del censor, el Tribunal violó directamente las normas sustanciales que invoca las que a su juicio, fueron erradamente interpretadas al aceptar el ad-quem el monto de la liquidación de vacaciones compensadas que hizo la empresa.

Sobre este particular dijo el Tribunal en la sentencia acusada:

"Compensación en dinero del período de vacaciones causadas y no disfrutadas.

"La Sala considera equivocada la interpretación dada por la parte actora al Art. 14 del Decreto 2351 de 1965, que modificó el 189 del Código, sobre compensación en dinero de las vacaciones, según se lee a folios 142. No cabe interpretación ante la meridiana claridad del texto: la compensación de las vacaciones en dinero 'procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de un año, siempre que esta exceda de seis (6) meses'.

"En este orden de ideas, la liquidación de las vacaciones compensadas que hizo la empresa, se halla correcta, pues, por otra parte, no se demostró que hubiera quedado pendiente el pago de 6 días como se afirma en el hecho Treceavo (sic) de la demanda (Fls. 4).

"Habrá de confirmarse, por tanto, la decisión absolutoria de este cargo. (Véanse Fls. 90 y 14)".

La Corte observa

La censura estima que, como quiera que, desde la fecha de las últimas vacaciones gozadas por el demandante a la de terminación del contrato transcurrieron 520 días, debe liquidarse proporcionalmente la fracción que excede del año.

Afirma que, como el trabajador llevaba varios años al servicio de la empresa, "cumplidos los primeros seis meses de servicio en lo sucesivo toda liquidación a efectuar al terminar el contrato es proporcional. Con mayor razón cuando, como en el presente caso, el período pendiente era de 520 días".

La norma sustancial citada por el adquem, indica clara y específicamente que, cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que ésta exceda de seis (6) meses.

La inteligencia de la norma deducida por el Tribunal se ajusta específicamente al sentido de la misma, claramente determinado en su parte final, por cuanto como se repite, el derecho a esa compensación se hace por año completo, y cuando no se ha cumplido este período determinado por la ley, se aplica la proporción a la fracción de año, empero siempre que esa fracción exceda de seis meses. Si pues, tal fracción no alcanza a rebasar este tiempo y ni siquiera a completarlo como en el caso sub-judice, no hay manera de aplicar la proporcionalidad.

No puede aceptarse la tesis expuesta por el casacionista de que una vez servido un año por el trabajador a la Empresa, la compensación por vacaciones no disfrutadas puede operar sobre cualquier fracción de tiempo inferior a un año, porque precisamente durante el contrato de trabajo, el trabajador tiene derecho a disfrutar de las

vacaciones autorizadas por la ley, y el de compensarlas en dinero sólo nace a la vida jurídica en el momento de la terminación del contrato de trabajo, o en los casos especialmente determinados; y a la terminación de la relación laboral, esa compensación en numerario se efectúa dentro de las restricciones indicadas en la norma antecitada. de suyo suficientemente explicativa e inteligible.

No aparece por tanto el error señalado por la censura como cometido por el Tribunal al entender la norma de la manera como se ha expresado.

El cargo por lo tanto no prospera.

"Segundo cargo

"Ajuste de prima de servicios, remuneración de vacaciones, auxilio de cesantía, indemnización por terminación unilateral, indemnización por pacto de no concurrencia y remuneración de descansos dominicales y festivos.

"Impugno la sentencia por violación, por interpretación errónea, del Art. 130 del C. S. T., en relación con el Art. 57 numeral 4 de la misma obra, con el Art. 177 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 1757 del Código Civil y con las siguientes normas del Código Sustantivo del Trabajo: Arts. 186, 189 modificado por el Art. 14 del Dec. 2351 de 1965, 249 y 253 (modificado por el Art. 17 del citado Decreto 2351); 64 (modificado por el Art. 8º del mismo Decreto); 44, 306 y 174 del mencionado Código.

"Consiste la impugnación en que habiendo sido probado el pago de viáticos, no se aplicó a la liquidación practicada para cada uno de los ítems anotados el salario integral, por cuanto considera el ad-quem que 'a la luz de lo dispuesto en el Art. 130 del C. S. T., y con aplicación de las normas generales de derecho probatorio, al demandante correspondía demostrar cuál fue la porción de (los viáticos) destinada a proporcionarle manutención y alojamiento, constitutiva, por tanto, de salario. A aquél correspondía la carga de la prueba.'; ni consideró tampoco la sobrerremuneración debida por trabajo en días de descanso obligatorio, de la que trato en el cargo tercero, así relacionado con este cargo.

'Dijo el fallo a este respecto, además de lo citado:

" 'Es lo que bajo este título expresa el Art. 177 del actual C. de P. C. al decir que "incumbe" a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen, y lo que el C. C. tiene dispuesto en el Art. 1757 al decir que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

" 'Y la carga probatoria en este caso es independiente, por lo demás, del deber que impone el Art. 130 citado, en su inciso final, de hacer la respectiva especificación de tales sumas siempre que ellas se paguen. No pueden confundirse estos conceptos como parece que se hace en la argumentación de folios 141 por parte del personero del actor.

"En el texto del Art. 130 se centra, por tanto, la controversia. Texto que al distinguir la parte de los viáticos que se computa como salario de la que no lo es, advierte textualmente que 'siempre que se pague debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.'. Es, pues, obligación de quien paga hacer la especificación de lo que a transporte y gastos de representación corresponde, para separarlo de los de manutención y alojamiento. En este caso quien efectuó el pago no hizo la discriminación. Pero tampoco formuló defensa de no haber pagado y si la hubiera hecho, a él habría correspondido la carga de la prueba de su aseveración.

"La norma general es que los viáticos constituyen salario. De ella se exceptúa la parte destinada a proporcionar los medios de transporte y los gastos de representación. Quien quiere colocarse al amparo de la norma general prueba que recibió los viáticos; y la parte a la que interesa protegerse con la excepción, prueba los valores que busca excluir.

"El fallo ignoró que no es obligación de quien recibe sino de quien paga especificar el valor de cada uno de los conceptos anotados. Y no apreció que la excepción pudo haber sido una defensa de la empresa demandada, que no ejercitó ni probó, siendo

a ella a quien correspondería hacerlo. Al demandante únicamente tocaba demostrar que recibió viáticos y esa prueba fue satisfecha con la inspección judicial y el dictamen pericial (Fls. 51 y ss y 72 y ss.), no controvertidos por las partes. La exigencia hecha al trabajador de probar la discriminación que a él no competía y que la empresa que hizo el pago, no efectuó y no probó, era volcar la carga de la prueba de una defensa a la parte atacante.

"Y sube de relieve la falla censurada al considerar la transcripción que la sentencia recurrida hace del aparte pertinente del fallo de primera instancia en el que, después de anotar que 'todo aparece involucrado y por ello no se cumple el requisito exigido en el inc. 2 de la norma citada (Art. 130 C. S. T.)', aclara que esto se refiere a los viáticos devengados por misiones en el país, y que en cuanto a las efectuadas en el exterior sí obra la discriminación, pero en moneda extranjera, cuya conversión al circulante nacional está señalada por la ley y por actos del Estado de aplicación general.

"No es, entonces, que no hubiera existido la prueba necesaria sino que por interpretación errónea de la ley fueron sobrepuestas al derecho exigencias que lo enervan hasta llevarlo a la negación.

"Alcance de la impugnación

Persigo con el cargo anterior el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto declara probada la excepción de pago en lo referente a la remuneración de los descansos dominicales y festivos, la remuneración de vacaciones, la compensación de vacaciones en dinero, la indemnización por terminación unilateral del contrato, las primas de servicios y la cesantía, y en cuanto limita el monto de la indemnización por la clásula de no concurrencia a la suma de $ 66.000.00, para que, convertida esa Superioridad en tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado en el punto que declara probada la excepción de pago en relación con los derechos anotados, condenando en su lugar a los reajustes correspondientes; y lo modifique en la condenación a indemnizar hecha por concepto de la cláusula de no concurrencia, elevando el monto de esa condenación en la proporción que corresponda".

Se estudia el cargo

Enfoca la censura la acusación, pues, en la interpretación errónea que dice hizo el Tribunal al aplicar el Art. 130 del C. S. T. en relación con las otras disposiciones que cita, por cuanto habiendo sido probado el pago de viáticos por la Empresa al trabajador, para la liquidación efectuada para el pago de cada una de las prestaciones reclamadas, no fue tenido en cuenta el salario integrado con tales viáticos.

El Tribunal en su sentencia dice sobre este tema lo siguiente:

"En lo relativo al cómputo de viáticos recibidos por el demandante para atender a sus gastos dentro y fuera del país, considera la Sala que a la luz de lo dispuesto en el Art. 130 del C. S. T. y con aplicación de las normas generales de derecho probatorio, al demandante correspondía demostrar cuál fue la porción de aquéllos destinada a proporcionarle manutención y alojamiento, constitutiva, por tanto, de salario. A aquél correspondía la carga de la prueba. Es lo que bajo este título expresa el Art. 177 del actual C. de P. C. al decir que 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen', y lo que el C. C. tiene dispuesto en su Art. 1757 al decir que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

"Y la carga probatoria en este caso es independiente, por lo demás, del deber que impone el Art. 130 citado, en su inciso final, de hacer la respectiva especificación de tales sumas siempre que ellas se paguen. No pueden confundirse estos conceptos como parece que se hace en la argumentación de folios 141 por parte del personero del actor.

"Conviene, entonces, trasladar el siguiente aparte de la sentencia revisada, (alude a la de primer grado), que la Sala juzga suficiente para fundamentar la decisión correspondiente, incluyendo lo atinente a los

viáticos pagados en moneda extranjera para viajes por fuera del país:

" 'Esos viáticos recibidos cuando el actor realizaba sus funciones dentro del país aparecen relacionados en el dictamen pericial de Fls. 72 a 75 pero en dicha relación no aparece discriminado lo que el actor gastaba en manutención y alojamiento y lo que consistía en gastos de transporte y gastos de representación, todo aparece involucrado y por ello no se cumple con el requisito exigido en el inciso 2 de la norma citada".

Continúa el Tribunal:

'Por lo dicho, no pueden tener incidencia las sumas recibidas a aquel título, para hacer variar la base de la liquidación de prestaciones sociales, incluyendo las indemnizaciones".

La Corte considera

En conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 del C. S. T.

"1. Los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

"2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos". **(Se subraya).**

En vista de lo estatuído por esta disposición sustancial, siendo los viáticos un suplemento retributivo integrante del salario, una vez demostrado su pago por el trabajador, la liquidación para efectos del pago de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan a éste, como resultante de la relación obrero-patronal, debe tener como base el salario integral, o sea el que perciba de ordinario el trabajador más lo percibido por viáticos.

En el caso de estudio el Tribunal consideró, de acuerdo con lo resuelto por el a-quo, que el trabajador demostró el pago de los viáticos, mas no la especificación de las cantidades percibidas por él para manutención y alojamiento, por lo que no integró el salario para los reajustes pedidos por el actor del juicio.

Mas acontece que, el ordinal 2 del artículo 130 precitado, claramente dispone que: Siempre que se paguen (los viáticos) debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos, es decir: la parte destinada a manutención y alojamiento y lo destinado para cubrir los medios de transporte.

Pero, ese deber de efectuar la mencionada especificación, con respecto a esos diferentes valores para esos conceptos, corresponde lógicamente a la parte patronal y no al trabajador.

No es el trabajador quien debe especificar lo que percibe sino el patrón quien debe hacerlo con respecto a los valores que paga.

Demostrado pues por el trabajador que percibió viáticos, es al patrón a quien corresponde la demostración del monto de lo que entregó por concepto de manutención y alojamiento, parte integrante del salario, así como lo que dio para transporte, si no se hizo la especificación anticipadamente.

Entendió pues, mal el ad-quem el mencionado precepto con las resultantes anejas a esa inteligencia, y desde luego es evidente la interpretación errónea a que alude el recurrente.

El cargo por tanto prospera, con las **limitaciones de que se tratará más adelante.**

Con respecto a los viáticos devengados por el actor del juicio en sus salidas al exterior, dijo el Tribunal:

"Conviene, entonces, trasladar el siguiente aparte de la sentencia revisada, que la Sala juzga suficiente para fundamentar la decisión correspondiente, incluyendo lo atinente a los viáticos pagados en moneda extranjera para viajes fuera del país";

Prohija pues, el ad-quem, en esa parte los argumentos del a-quo que traslada, y que aquí se transcriben en lo pertinente:

Dice así:

"En cuanto a los viáticos recibidos por el demandante para hacer sus viajes al exterior de Fls. 75 a 79, esos valores sí están discriminados en cuanto a lo que recibió por manutención y alojamiento pero concretados en valor a dólares y dentro del juicio no ha quedado establecido cuál fue

el valor del dólar oficial en nuestro país en el momento de recibirlos el trabajador, lo que impide, tener una base para reajustar las liquidaciones hechas por los conceptos referidos".

Y concluye el fallador de segundo grado:

"Por lo dicho, no pueden tener incidencia las sumas recibidas a aquel título, para hacer variar la base de la liquidación de prestaciones sociales, incluyendo las indemnizaciones".

Se observa por la Corte

El casacionista no destruye la argumentación del Tribunal sobre este particular sino que se limita a decir que:

"Y sube de relieve la falla censurada al considerar la transcripción que la sentencia recurrida hace del aparte pertinente del fallo de primera instancia en el que, después de anotar que 'todo aparece involucrado y por ello no se cumple el requisito exigido en el inciso 2 de la norma citada (Art. 130 C. S. T.)', aclara que esto se refiere a los viáticos devengados por misiones en el país, y que en cuanto a las efectuadas en el exterior sí obra la discriminación, pero en moneda extranjera, cuya conversión al circulante nacional está señalada por la ley y por actos del Estado de aplicación general". (Se subraya).

No señala el impugnante en qué consiste la violación en ese punto, por cuanto habiendo estimado el Tribunal que en lo referente a esos viáticos percibidos por viajes al exterior sí estaba especificado lo recibido por manutención y alojamiento, dice que no se tuvieron en cuenta por no estar demostrado el tipo de conversión del dólar oficial a nuestra moneda.

Ese planteamiento, pues, por parte del casacionista, no establece el por qué de la acusación, ni indica las disposiciones que señalan la conversión al circulante nacional ni cuáles son esos actos del Estado de aplicación general a todo lo cual apenas hace referencia, sin determinacion específica.

No destruído ese soporte de la sentencia acerca de ese preciso tópico, no cabe en ese punto la quiebra del fallo recurrido.

En vista de la antedicha prosperidad del cargo, debería ser casada la sentencia acusada por el primer aspecto, lo cual afectaría naturalmente el resultado absolutorio sobre los pedimentos del actor del juicio, y operarían los reajustes impetrados y aludidos en el alcance de la impugnación, pero sucede que, al efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, se encuentra que, al demandante le fueron liquidadas: la cesantía, indemnización por despido y compensación de vacaciones no disfrutadas, con base en un salario promedio de once mil pesos M/l. ($ 11.000.00). Y, tomado el sueldo devengado por el trabajador en el último año, y adicionado con lo percibido por viáticos por viajes dentro del país en ese mismo período, resulta un sueldo promedio mensual inferior al de once mil pesos ($ 11.000.00) que tomó la Empresa como fundamento para el pago de aquellas obligaciones.

No es pues conducente casar la sentencia, por ese aludido aspecto, porque tendría que ser confirmada la decisión del a-quo, en lo atinente a los pagos efectuados por Polímeros Colombianos S. A., que fueron precisamente confirmados por el Tribunal.

Tampoco puede ser casada la sentencia en lo que atañe al valor señalado por concepto de la cláusula de no concurrencia, porque ese valor fue deducido por el Juzgado y por el Tribunal del mismo salario promedio que fijó la Empresa para los pagos efectuados por ella que como está advertido, es superior al resultante de las operaciones indicadas en el paso anterior de esta providencia.

No sucede lo mismo en lo referente a las primas de servicio percibidas por el demandante, cuyo pago fue demostrado, pero con fundamento en un sueldo llamado básico, por la empresa, sin tener en cuenta los viáticos percibidos por el señor Luis Fernando Cadavid, en los respectivos períodos semestrales.

Ahora bien, como el demandante demostró el pago de esos viáticos, ellos han debido ser considerados para integrar el sueldo correspondiente a cada semestre, para efectos de cubrir las primas con ese salario in-

tegral, estimado al fin de cada semestre exigible.

Habrá pues de ser casada la sentencia en esta parte, para efecto de los reajustes de las primas no prescritas aún, por cuanto la parte demandada propuso la excepción de prescripción.

"Tercer cargo

"Sobrerremuneración por trabajos en dominicales y festivos

"Acuso la sentencia por violación, por vía indirecta, de los Arts. 172, 177, y 179 del C. S. T., en concordancia con el Art. 12 del Decreto 2351 de 1965, que regulan los descansos en días dominicales y feriados y la remuneración por el trabajo en esos días, violación originada en el error de hecho ostensible en la apreciación de la prueba, al desconocer que la allegada al proceso acredita la labor del trabajador durante los días domingos y festivos comprendidos en los lapsos en que al servicio de la empresa estuvo fuera del país.

"No fue discutida en el juicio la tarea encomendada al trabajador Cadavid como jefe de ventas de la empresa demandada. Y en el dictamen pericial (Fls. 72 y ss.) quedó establecido, sin contradicción de las partes, que el mencionado jefe de ventas hubo de viajar por cuenta de la empresa en los períodos allí determinados. Esos viajes fueron pagados por Polímeros Colombianos S. A., porque por ella fueron ordenados y en su servicio quedaron realizados. Sobre esto no se presentó discusión entre las partes ni el fallo censurado ignoró la prueba. Pero al considerar que para que tome cabida el reconocimiento de la sobrerremuneración por el trabajo en días de descanso obligatorio, la ley 'exige que haya aquella actividad humana que constituye el trabajo, según la propia definición legal (Art. 5º), yendo mucho más allá el texto, pues dispone que la remuneración correspondiente se haga con un recargo del ciento por ciento sobre el salario ordinario 'en proporción a las horas laboradas', apreció con error bronco la prueba.

'Proviene la interpretación errónea, en primer término, de la concepción del trabajo asalariado, ya que se infiere de su cicatera motivación que lo asimila a la labor tangible o perceptible por los sentidos propia de las actividades materiales o en todo caso susceptible de ser medida por horas, que caracteriza gran parte de los servicios que son materia de conflictos laborales, mas no aquellos que por su índole de dirección no se ajustan a horarios ni se cumplen bajo controles de reloj. Y con relación a ésto la noción que del descanso imprime la sentencia, también escrutada en su esquiva motivación, no corresponde al espíritu latente en la norma sustantiva.

El descanso tiene como uno de los fines, ciertamente, la suspensión de la actividad que se cumple, la interrupción de la tarea para que el trabajador se aleje de las consecuencias de la fatiga propia de sus jornadas de servicio, pero no solamente con el sentido de la recuperación biológica sino también con el más profundamente humano de la reincorporación de la persona al ámbito que le pertenece, es decir, al sitio familiar del que es enajenado por su labor para el patrono. Esa reincorporación es familiar, religiosa, cívica y social.

"Subsiste en muchos patronos, y contagia a algunos jueces también, el criterio de que para que haya lugar a la sobrerremuneración por servicio en tiempo extra o en días de descanso obligatorio, es necesario que el trabajador compruebe la ejecución de una labor determinada. Pero la filosofía del descanso señala que es la ocupación de tiempo en la vida del trabajador al servicio del patrono lo que marca la obligación de la remuneración ordinaria o suplementaria. Porque la razón de ser de la sobrerremuneración no es la sola multiplicación de la tarea como causa única, sino fundamentalmente el sacrificio que el trabajador se ve obligado a hacer de lo que es fundamental en su vida: la relación familiar, la permanencia en el hogar, la convivencia con su comunidad en el plano propio del hombre, la pausa en la subordinación que enajena su libertad. Se trabaja para vivir pero no se vive para trabajar. El trabajo es un medio para la vida, no la

vida misma del trabajador, que requiere el ingreso para atender a sus menesteres como parte de una comunidad. Y por eso no se puede entender que el tiempo no laboral sea solamente la oportunidad de reponer las fuerzas gastadas para la faena al servicio del patrono, que le permita volver a ella con energías renovadas, porque ese sí sería el concepto de la esclavitud asalariada, que no consulta ni la dignidad de la persona ni la función del hombre en la vida ni, por tanto, el sentido cristiano del trabajo que de ellos nace y en la definición legal se entraña.

"Cuando un trabajador, en razón de su servicio, es extrañado de su hogar y de su medio ambiental, cuando no puede estar para su esposa y para sus hijos y para los sencillos pero importantes asuntos de su lar, porque ha de ocupar su tiempo al servicio o por causa del servicio de un patrono, debe recibir la remuneración correspondiente, que es ordinaria si el tiempo a ello dedicado tiene ese carácter legal, o adicional si tiene la condición de suplemental. La sola disponibilidad subordinada enajena el servicio del trabajador para el patrono, y no le permite durante el lapso que la ocupa ser dueño de su tiempo sin perder el ingreso de su salario.

"Si un trabajador es obligado a salir de la ciudad o del país en cumplimiento de su tarea, y durante los días en que tiene derecho al descanso por la legislación que rige su contrato, no puede por esa misma causa reintegrarse a su hogar sino que ha de permanecer por fuera, tiene derecho a ser sobrerremunerado, aún en el evento de que permaneciere inactivo, porque esa inactividad es determinada por el servicio mismo y corre a cargo del patrono. Porque bajo la denominación impropia de descanso se han comprendido los períodos que el trabajador no compromete con el empleador, porque los requiere para el desarrollo de su situación vital, así no los emplee en descansar sino en otras actividades.

"Y se acentúa este criterio si se considera la índole de la tarea que, en el caso subjudice, era la de jefe de ventas de una industria de mercado internacional, no factible de deslinde de la actividad externa de apariencia laboral de la que pudiera no parecerlo. Un jefe de ventas realiza sus gestiones muchas veces fuera de establecimientos comerciales o fabriles, en clubes o sitios de recreo, como una moderna técnica de las relaciones de mercado. El almuerzo que para muchos es una pausa en el trabajo, es hoy oportunidad muy aprovechada para iniciar o desenvolver negocios en los niveles ejecutivos. Las relaciones hacen parte importantísima del complejo laboral moderno.

"A todo lo cual hay que añadir que el sistema de festivos es uno en Colombia y otro muy distinto en los demás países a los que viajó el demandante. Todo lo cual indica que estos viajes, que por costosos son de máximo aprovechamiento en su tiempo, han de entenderse como de labor, sin que al trabajador pueda serle exigida durante ellos, como no lo es en su trabajo dentro del país, ir a cada paso y en todo lugar tomando constancias del tiempo en que está visiblemente haciendo una labor. La prueba del trabajo hay que relacionarla con la índole del servicio, y ésto es lo que no hizo el fallador.

Alcance de la impugnación

Aspiro con la censura que sea casada la sentencia en la parte que absuelve a la empresa del cargo formulado por el concepto enunciado para que, situada esa Superioridad en el carácter de tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y haga en su lugar la condenación impetrada".

Se estudia el cargo

La Corte anota que, el casacionista en este cargo dirigido por vía indirecta a través de errores de hecho en la apreciación de la prueba, presenta más que un cargo una alegación al rededor del tema, dentro de cuyas argumentaciones destaca la circunstancia de que no fue discutido por la empresa que el demandante viajaba al exterior por cuenta de esa firma, según se desprende del dictamen pericial folio 72, prueba esa que, en concepto del casacionista fue apreciada con error bronco.

Con respecto a este planteamiento del censor se tiene que, la prueba pericial no

es susceptible de ser analizada en casación, singularmente. Vale decir que, el recurso de casación fundamentado en el error de la apreciación de esa prueba solamente, no es viable, por cuanto no es causal para tales efectos al tenor de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

Este cargo, por tanto, no puede prosperar.

"Cuarto cargo

"Indemnización por mora en el pago

"Acuso la sentencia de ser violatoria del Art. 65 del C. S. T., por inaplicación del aparte del primer inciso que dispone la indemnización por mora, nacida de la aplicación en sentido negativo del numeral 2 del mismo artículo, defecto en que incurrió por vía indirecta a consecuencia de errores manifiestos por equivocada y contradictoria apreciación de los siguientes documentos:

"a) La demanda primitiva, especialmente en el aparte relativo a los salarios pendientes en el momento de la terminación del contrato (Fls. 4);

"b) La contestación a la demanda en el mismo punto (Fls. 22);

"c) La diligencia de notificación de la demanda;

"d) Los documentos con apariencia de cheque visibles a Fls. 7 y 8 del expediente;

"e) La constancia de consignación (Fls. 29).

"Los errores de hecho consistieron:

"1º En no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada está en mora de pagar los salarios que adeudaba al trabajador al momento de la terminación del contrato, en forma y cuantía no discutidas;

"2º En no dar por probado, estándolo, que la referida empresa ha obrado con morosidad y negligencia injustificables en el pago de dichos salarios;

"3º En no dar por demostrado, estándolo, que por parte de la empresa demandada hubo culpa lata en el no pago oportuno de los salarios;

"4º En dar por demostrado, no estándolo, que la sociedad demandada ha obrado con buena fe exculpativa en la dilación de ese pago; y

"5º En considerar que la consignación hecha por la parte demandada tiene efecto liberatorio de la obligación de indemnizar impuesta al patrono que incurre en retardo en el pago de los salarios y las prestaciones pendientes a la terminación del contrato de trabajo, pese a no contemplar esa consignación aquellos salarios.

"Como consecuencia de los errores señalados el ad-quem aplicó en sentido negativo la disposición legal precisada en el cargo, y confirmó la absolución de la primera instancia de forma que, de no haber sido por esos errores originados en la equivocada apreciación del alcance de la prueba ya puntualizada, hubiera considerado que la mora en el pago de los salarios, no negada por el fallador, es sancionable, revocando, de consiguiente, en ese aspecto la providencia del a-quo y haciendo, en su lugar, la condenación a la indemnización por mora.

"Dijo a este respecto la sentencia impugnada:

" '9º Indemnización por mora. La consignación hecha por la empresa demandada el 27 de febrero de 1970 (la desvinculación había ocurrido el día 24 de los mismos), según la constancia de folios 29, es liberatoria de la obligación de indemnizar, con aplicación de lo dispuesto en el Art. 65 del Código Laboral sustantivo'.

"En tanto que bajo el numeral 1º había dicho:

" 'En cuanto a los salarios insolutos al momento de producirse el retiro de Cadavid, resulta evidente que para cubrírselos le fueron girados los cheques visibles a folios 7 y 8 del expediente, por las sumas de $ 450.00 y $ 2.278.58. El actor lo afirma en el hecho 12 (Fls. 4) y la empresa lo admite en el 1º de su defensa (Fls. 22). Discrepa sí en las causas de la omisión de la firma correspondiente el representante legal de la accionada. Mientras el demandante da a entender que tal falla se debió a mala fe, para perjudicarlo, la opositora sostie-

ne que se debió a un olvido "que pudo ser subsanado por el extrabajador en cualquier momento", y que sólo la voluntaria demora de éste en hacer conocer tal situación, "ha retardado la corrección de los instrumentos a él entregados para el pago de sus prestaciones". No se probó, realmente, la mala fe de la empresa, pero es lo cierto que tales sumas no se le han pagado al señor Cadavid y en tal sentido habrá de corregirse el fallo del a-quo, disponiendo su cancelación ($ 2.728.58),. (Relieves ajenos al texto).

"El fallo juzgó reunida la prueba 'liberatoria de la obligación de indemnizar", al considerar que la consignación hecha por la empresa el 27 de febrero de 1970 cumplió este requisito, no obstante tener que hacer condenación a su pago.

"Cheque no es el escrito que se hace sobre un esqueleto tomado de una chequera bancaria, sino la orden que el librador da a un banco de pagar al beneficiario una suma determinada en dinero. Sin esa orden, que emana de la firma, el documento no es el cheque sino un papel sin valor. Y sin ese cheque el pago que por tal medio se pretende hacer, no se efectúa.

"Puede admitirse que, dada la confusión ocurrida al momento de la desvinculación, quien entregó los documentos sin firmar lo hizo por simple distracción. Así podría ser presumido en quien al advertir la falla se apresura a corregirla, mas no en el patrono que no obstante conocer, por la notificación de la demanda, que de ese supuesto descuido hace la contraparte un cargo judicial, se obstina en no pagar por los medios que la ley señala aptos para el caso.

"La prueba que habría liberado al patrono de la indemnización es la de la consignación de lo que razonablemente reconoce deber. Y si nunca negó la deuda de los salarios, tenía la obligación de consignarlos y no la cumplió, al extremo de que el fallo hubo de condenarlo a pagarlos.

"Al trabajador solamente correspondía probar el no pago; al demandado tocaba demostrar el pago o, en su defecto, la buena fe con que afirmaba no adeudarlo. Y ni acreditó el pago ni adujo que no lo debiera. No existió, por tanto, la prueba liberatoria de su obligación de indemnizar.

"Como tampoco probó haber pagado completos los descansos, las vacaciones, la cesantía, las primas de servicio y las indemnizaciones, porque quedó claramente establecido que las limitó a la liquidación resultante de la aplicación del salario incompleto, y no del integral que lo obligaba. Sin que pueda aceptarse que fuera razonable que supusiera ignorancia sobre la materia, porque esa sería ignorancia de la ley que no excusaría su incumplimiento.

"**Alcance de la impugnación.** Persigo con el cargo anterior que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto absuelve a la empresa demandada de la indemnización por mora para que, investida esa Superioridad del carácter de Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado en este punto y, en su lugar, haga la condenación correspondiente a la indemnización impetrada".

Se estudia el cargo

Como lo anota la censura, el Tribunal aplicó el Art. 65 del C.S. del T., para absolver a la parte demandada de la indemnización por mora.

Dice así el ad-quem:

"En cuanto a los salarios insolutos al momento de producirse el retiro de Cadavid, resulta evidente que para cubrírselos le fueron girados los cheques visibles a folios 7 y 8 del expediente, por las sumas de $ 450.oo y $ 2.278.58. El actor lo afirma en el hecho 12 (fs. 4) y la empresa lo admite en el 1º de su defensa (fs. 22). Discrepan sí en las causas de la omisión de la firma correspondiente al representante legal de la accionada. Mientras el demandante da a entender que tal falla se debió a mala fe, para perjudicarlo, la opositora sostiene que se debió a un olvido 'que pudo ser subsanado por el extrabajador en cualquier momento', y que solo la voluntaria demora de éste en hacer conocer tal situación, 'ha retardado la corrección de los instrumentos a él entregados para el pago de sus prestaciones'. No se probó, realmente, la mala fe de la

empresa, pero es lo cierto que tales sumas no se le han pagado al señor Cadavid y en tal sentido habrá de corregirse el fallo del a-quo, disponiendo su cancelación ($ 2.728.58)".

Y más adelante concluye:

"9º. Indemnización por mora. La consignación hecha por la empresa demandada el 27 de febrero de 1970 (la desvinculación había ocurrido el día 24 de los mismos), según la constancia de folios 29, es liberatoria de la obligación de indemnizar, con aplicación de lo dispuesto en el Art. 65 del Código Laboral Sustantivo".

Observa la Corte que, ciertamente a folios 7 y 8 del expediente aparecen los cheques girados por Polímeros Colombianos S. A., a favor del señor Cadavid, para cubrirle los salarios pendientes.

Tales instrumentos tienen las cantidades en números impresos con protector especial de cheques, con la especificación del propietario del protector antes de los guarismos, en donde dice: Polímeros Colombianos y así mismo llevan el sello de la empresa: Polímeros Colombianos S. A., en el lugar en donde debe escribir su nombre la persona de la empresa, autorizada para hacer el giro, firma ésta que en verdad no aparece. Empero, esos sellos y protector, están de ordinario registrados en la entidad bancaria que debe hacer el pago. De forma que, en el caso sub-judice, aun cuando el actor señala que la falta de firma de la gerencia se debió a intención de perjudicarlo, no cabe duda de que el señor Cadavid debió advertir el olvido y no tomó ninguna medida para solucionar el problema, presentando los cheques a la empresa para la corrección del defecto o en último término protestando los cheques en el Banco girado. La imposición en tales instrumentos del protector y del sello indican la seriedad de la empresa al extenderlos para el pago de esos salarios pendientes.

Se nota pues que, la retención de esos cheques en manos del señor Cadavid, sin que él hubiera hecho por su parte gestión alguna para ubicarse dentro de la buena intención, mucho más cuando según él mismo lo manifiesta en su demanda, firmó los recibos correspondientes a la Empresa, obedeció a un acto de su voluntad, que no puede concluir naturalmente en mala fe de la parte demandada.

Notificada la demanda, la empresa se hizo sabedora del insuceso de la firma en esos cheques, pero ella no podía pedir el desglose para corregirlos, puesto que fueron presentados por el actor, quien aprovechó la circunstancia anotada para demandar indemnización por mora. Además, la buena fe existente a la terminación del contrato, no puede tornarse en mala fe por hechos posteriores a la notificación de la demanda.

No sería pues justo ni prudente, condenar a la demandada al pago de esa indemnización, cuando las apariencias denotan una determinada intención volitiva por parte del demandante sobre ese preciso particular.

Señala el impugnante que la parte demandada no pagó completos los: "descansos, las vacaciones, la cesantía, las primas de servicio y las indemnizaciones, porque se limitó a la liquidación del salario incompleto.

Ya está visto en los cargos anteriores cómo, no fue posible casar la sentencia recurrida precisamente en cuanto a esos reajustes impetrados sobre tales prestaciones antes enumeradas, de las que solo serán reajustadas las primas no prescritas.

Pero, el no pago de esas primas computadas como lo serán con el salario integral, es decir el no pago de lo que será determinado como reajuste, no puede incidir en la indemnización por mora por cuanto la empresa la liquidó y pagó sobre el salario fijo al término de cada semestre y el trabajador las percibió sin objeción ni reclamo alguno, de donde a la terminación del contrato el patrono obró de buena fe al no considerar el reajuste.

No encuentra la Corte el error evidente de hecho anotado por la censura en el examen de las pruebas aludidas.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Consideraciones de instancia

Como está advertido antes, la parte patronal pagó las primas de servicio con base en el salario fijo, sin tener en cuenta lo que en los respectivos períodos percibió el trabajador por concepto de viáticos.

Ahora bien, obrará el reajuste naturalmente sobre aquellas primas exigibles con posterioridad al cinco de mayo de 1967, toda vez que la demanda fue notificada el cinco de mayo de 1970, y en consecuencia las anteriores a aquella fecha se encuentran prescritas, prescripción interpuesta por la parte demandada como medio de defensa.

Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes se tiene que el reajuste impetrado operará de la manera siguiente:

	Sueldo fijo	Viáticos	Prima Pda.	Reajuste
Año de 1967:				
Junio	$ 7.500.00	$ 6.897.05	$ 3.750.00	$ 574.75
Diciembre:	$ 7.500.00	$ 7.813.14	$ 3.750.00	$ 651.11
Año de 1968:				
Junio:	$ 7.500.00	$13.704.55	$ 3.750.00	$1.142.04
Diciembre:	$ 7.500.00	$ 4.414.78	$ 3.750.00	$ 735.79
Año de 1969:				
Junio:	$ 9.500.00	No hubo	$ 4.750.00	
Diciembre:	$ 9.500.00	$10.293.55	$ 4.750.00	$ 857.79

Reajuste total de primas ..... $ 3.961.48

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 proferida en este Juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha dieciocho de enero del corriente año, en cuanto confirmó la absolución de la parte demandada por el pago completo de primas de servicio y en sede de instancia, revoca el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de fecha veinte de noviembre de mil novecientos setenta, proferido en este mismo juicio por el Juzgado Laboral del Circuito de Itagüi, en cuanto absolvió por el pago de primas de servicios, y en su lugar condena a la parte demandada a pagar a la demandante por concepto de reajuste de las primas de junio de 1967 a diciembre de 1969, la cantidad total de tres mil novecientos sesenta y un pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 3.961.48), en conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Se declaran por tanto prescritos los reajustes con respecto a las primas anteriores al 5 de mayo de 1970, por lo que se absuelve a la parte demandada por este aspecto.

No la casa en lo demás.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDEMNIZACION MORATORIA

Respecto al examen que nuevamente propone el impugnador en este ataque sobre el certificado del doctor Alfredo Auli y de las posiciones que absolvió el representante legal de la Singer, la Corte no puede volver sobre ellos, como elemento configurante de la mala fe de aquélla por cuanto no tuvo éxito el cargo anterior, que precisamente se dirigía a obtener la infirmación de la sentencia, para que en instancia, se acogiera lo resuelto por el a-quo condenando a la Compañía al valor de las prestaciones asistenciales y del auxilio monetario por enfermedad no profesional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre diociocho (18) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

José J. Lozano R., por medio de apoderado, demandó a la **Sociedad Singer Sewing Machine Company**, representada por su Gerente Francisco Segundo Guerra Molino, o por quien haga sus veces, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, fuera condenada a pagar la asistencia médica y farmacéutica de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38 de la Ley 90 de 1946, hasta que los médicos certifiquen sobre su estado satisfactorio de salud, y a pagarle auxilio monetario de las dos terceras partes del salario promedio que devengó al servicio de la sociedad hasta el momento que termine la incapacidad por la enfermedad que "padece y padecía" al momento de su retiro. También solicitó el pago del valor de los descansos "dominicales y festivos" entre el 5 de abril de 1965 y el 15 de noviembre de 1967, liquidados en la forma establecida por el artículo 176 del CST., la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales y las costas del juicio.

El apoderado del actor sustentó las pretensiones del libelo en los hechos siguientes:

"1º) Entre la sociedad **Singer Sewing Machine Company** y el señor **José J. Lozano** se suscribió un contrato de trabajo el día 5 de abri lde 1965.

"2º) El señor **José J. Lozano** según su certificado médico de ingreso a la Compañía no renunció a las prestaciones médicas quirúrgicas y farmacéuticas que la ley le otorga por enfermedades no profesionales distintas a las sufridas por él en los ojos.

"3º) Con fecha 15 de noviembre de 1967 la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo del señor **José J. Lozano** mediante el pago de la indemnización contemplada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"4º) El señor **José J. Lozano R.**, reclamó ante la sociedad **Singer Sewing Machine Company** el que se le practicase un examen médico de retiro minucioso por considerar que se encontraba enfermo, la compañía accedió a la reclamación y con fecha 15 de diciembre de 1967, el doctor, **Alfredo Auli R.**, expidió un certificado médico dirigido a la **Singer Sewing Machine Company** en donde el facultativo mencionado considera que el señor **José J. Lozano** debe ser atendido por un **gastroenterólogo** pues presenta úlcera, **hernia hiatal y colestereccis** enfermedades no profesionales a cuya asistencia médica quirúrgica y farmacéutica **no había** renunciado el señor **José J. Lozano.** Al ingreso a la Compañía.

"5º) De acuerdo con el certificado médico del doctor Alfredo Auli R., el señor José J. Lozano se dirigió al doctor Néstor Alvarez quien presupuestó para el tratamiento necesario del señor Lozano una suma de veinticinco mil pesos $ 25.000.oo y una incapacidad de tres (3) meses para efectuar el tratamiento.

"6º) La sociedad demandada negó dar el tratamiento médico quirúrgico y farmacéutico al señor José J. Lozano a pesar de que éste prestó sus servicios a la sociedad demandada durante el último año en la ciudad de Montería donde no existe el I.C.S.S., y por lo tanto la obligación del pago de la asistencia médica quirúrgica y farmacéutica, así como del auxilio monetario por enfermedad no profesional por el tiempo que dure la incapacidad corresponde al patrono de acuerdo con lo prescrito en la Ley 90 de 1943 en su artículo 72.

"7º) El señor José J. Lozano R., era Gerente del Almacén de la Singer Sewing Machine Company en Montería y como tal percibía salario por comisión sin que la demandada le haya reconocido como valor de los descansos dominicales y festivos el promedio de lo devengado semanalmente por el señor Lozano.

"8º) El salario promedio devengado por el señor José J. Lozano según liquidación de la Singer Sewing Machine Company era de $ 3.916.25 promedio mensual, o $ 130.54 diarios".

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 65, 176 y 277 del CST y 38 y 72 de la Ley 90 de 1946.

La demanda fue contestada oportunamente y en el escrito respectivo el apoderado de la Sociedad se opuso a sus pretensiones, aceptó solamente los hechos 1º y 3º y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica.

El juzgado 7º del Trabajo de Bogotá, que conoció del juicio, puso fin a la primera instancia por sentencia de 16 de septiembre de 1970 y en ella resolvió:

"Primero. Condénase a la sociedad Singer Sewing Machine Company, domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente de Relaciones Industriales señor Francisco Guerra Molino, o quien haga sus veces, a pagar al señor José J. Lozano R., con C. de C. Nº 2943628 de Bogotá, las siguientes sumas de dinero:

"a) Veintisiete mil setecientos noventa pesos ($ 27.790.oo) por concepto de prestaciones asistenciales especializadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (Art. 277 del CST).

"b) Trece mil setecientos seis pesos con noventa y un centavos ($ 13.706.91) por concepto de auxilio monetario por enfermedad no profesional (Art. 227 del CST).

'c) Ciento treinta pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 130.54) diarios, a partir del día 16 de noviembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y hasta el día en que la Empresa demandada pague al actor las prestaciones debidas.

"Segundo. Condénase en costas a la Empresa demandada. Tásense en un 75%.

"Tercero. Absuélvase a la Empresa demandada del pago de dominicales y festivos impetrados en la demanda.

"Cuarto. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por el señor apoderado de la Empresa demandada".

Los apoderados de las dos partes apelaron de la anterior providencia y el Tribunal Superior de Bogotá resolvió la alzada en fallo de 30 de noviembre de 1971 en el que dispuso:

"1º) Revócase el artículo primero del fallo apelado, y en su lugar se absuelve a la parte demandada de las condenas allí formuladas.

"2º) Revócase el artículo tercero del mismo fallo revisado, y en su lugar condénase a Singer Sewing Machine Company a pagar al señor José J. Lozano R., la suma de once mil doscientos diez pesos con noventa y cinco centavos ($ 11.210.95) M|cte., por concepto de dominicales y festivos.

"3º) Confírmase el fallo recurrido en todo lo demás.

"4º) Sin costas en esta segunda instancia".

Contra la resolución del Tribunal interpuso el representante judicial del actor recurso extraordinario de casación. El Tribunal lo concedió y posteriormente fue admitido por la Corte.

El recurso

El impugnador aspira a obtener la casación parcial del fallo de segundo grado "en cuanto absolvió a la Sociedad Singer Sewing Machine Company S. A., de las peticiones por la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica, auxilio monetario por enfermedad no profesional e indemnización moratoria y convertida en Tribunal de instancia condene por los conceptos anotados a la sociedad Singer Sewing Machine Company S. A., con la consiguiente condena en costas".

Se presentó escrito de oposición.

La acusación

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, el recurrente formula contra la sentencia dos cargos que se estudiarán separadamente en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Se enuncia en la siguiente forma:

"La sentencia impugnada viola indirectamente los artículos 27 (sic) y 277 del C.S.T., por haber dejado de aplicarlos habiendo debido hacerlo, violación que se produjo a causa de errores evidentes de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos y como consecuencia de errónea apreciación de más de unas pruebas".

El recurrente afirma que el ad-quem para absolver de la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica y del auxilio monetario, incurrió en tres errores de hecho, así:

a) Dar por demostrado sin fundamento para ello que la sociedad no tenía conocimiento de la enfermedad no profesional que padecía José J. Lozano al término de su contrato de trabajo;

b) No dar por demostrado estándolo que dicha enfermedad no profesional consistía en una úlcera duodenal, "hernia hiatal y colestereccis"; y

c) No dar por probado estándolo en los autos la incapacidad para trabajar que afectaba a José J. Lozano a causa de la enfermedad no profesional que padecía.

A continuación, el recurrente reseña y analiza las pruebas que dice fueron mal apreciadas por el fallador, son ellas: a) La certificación expedida por el doctor Alfredo Auli (fl. 7);

b) La comunicación de 22 de diciembre de 1967 dirigida por Francisco Guerra Molino al actor (fl. 27) y c) Las posiciones absueltas por el representante de la demandada (fls. 43 y ss).

El primer documento de fecha 15 de diciembre de 1967 y que fue reconocido por su signatario en audiencia celebrada el 30 de junio de 1968, lleva al convencimiento, dice el recurrente, de que por orden de la Singer el médico practicó a Lozano un reconocimiento médico después de que se le habían practicado los exámenes radiológicos correspondientes por lo que el profesional llegó a la conclusión, por él certificada, de que el ex-trabajador padecía una enfermedad de las características ya anotadas. Agrega el impugnador que es esta la apreciación correcta de la prueba y no la errónea del Tribunal "en el sentido de que la Singer no había ordenado el examen médico y de que éste se había practicado antes de los exámenes radiológicos, pues el propio contexto del certificado contradice en forma evidente la apreciación que de él hizo el juzgador de segunda instancia".

En cuanto a la carta de folio 27 en que la Empresa informa a Lozano que "no está en capacidad de atender la solicitud de asistencia médica quirúrgica y farmacéutica, por enfermedad no profesional" que solicitó, afirma el censor que está indicando a las claras, que la sociedad tenía conocimiento de las enfermedades que padecía el actor y del dictamen médico proferido por el doctor Auli, por lo cual este documento fue apreciado erróneamente por el Tribunal cuando dijo que la petición de Lozano estaba fuera de los 30 días para reclamar la asistencia dicha ya que la prueba indica el hecho evidente "de que la Sociedad Singer Sewing Machine conocía la enfermedad que aquejaba el demandante".

Por último, el recurrente analiza la confesión provocada al representante de la Singer y dice que algunas respuestas no fueron apreciadas correctamente por el Tribunal.

Manifiesta que a la pregunta cuarta en donde se interrogaba al absolvente sobre el hecho de que el doctor Alfredo Auli R., practicaba exámenes de retiro de la Empresa, el interrogado respondió "sí es cierto", y a la posición quinta en donde se le preguntaba "si era cierto sí o no que él como representante legal de la sociedad demandada para efectos laborales, había autorizado al señor José J. Lozano en su calidad de extrabajador de la Singer Sewing Machine para que el doctor Auli le practicara un examen médico de reconocimiento", el absolvente respondió: "No es cierto y aclaro: Con posterioridad a la salida del señor Lozano del servicio de la Compañía habiéndosele pagado (sic) el examen médico de retiro por el doctor Alfonso Martínez E., médico de la Compañía en Montería y aproximadamente un mes después se acercó el señor Lozano a mi oficina a informarme que se sentía mal de salud y que a sabiendas de que la Compañía no tenía ninguna obligación para con él en cuanto a exámenes médicos de retiro, porque ya le había sido practicado por el doctor Martínez Escobar con resultados satisfactorios y en vista de sus escasos recursos económicos me pedía el favor de que yo autorizara al médico de la Compañía en Bogotá para que se le practicara un examen y establecer el estado de salud en ese momento. Hago énfasis en este punto, el señor Lozano quería conocer el estado de su salud en el momento en que me pedía el favor que la Compañía le pagara un examen médico y no en el momento de su retiro por cuanto como ya dije antes el examen que ordena el estatuto laboral le fue practicado en Montería por el médico de la Compañía doctor Martínez Escobar con resultado satisfactorio. El hecho de haber autorizado yo al doctor Auli R., para que se le practicara un examen al señor José J. Lozano un mes después aproximadamente, de su salida de la Compañía, se debió a una liberalidad y no a ninguna obligación que tuviera la Compañía para con él".

Para el recurrente el análisis conjunto de estas dos preguntas lleva al convencimiento evidente de que el examen practicado por el doctor Auli al actor fue autorizado por la demandada y lógicamente que los resultados positivos o negativos de aquél con respecto a la salud de Lozano acarreaban a la sociedad las consecuencias legales del caso. Además, dice que "la confesión sobre el hecho de haber autorizado al señor Lozano un examen con el doctor Auli médico que practicaba los exámenes de retiro de la Compañía se desprende de la apreciación correcta de las posiciones que he señalado y en este punto también pecó el Tribunal al no darle a las preguntas (sic) estudiadas el valor probatorio y la interpretación que a ellas corresponden".

Finaliza el ataque el impugnador manifestando que si las pruebas señaladas hubieran sido apreciadas en forma correcta por el sentenciador, éste habría llegado a la conclusión de que Lozano "padecía una enfermedad no profesional dictaminada por un médico autorizado por la sociedad demandada y que lógicamente a ésta correspondía la asistencia médica quirúrgica y farmacéutica así como el pago del auxilio monetario y no hubiera incurrido en los errores evidentes señalados en el cargo".

El opositor expresa que este recurso extraordinario tiene para la Singer cierto interés romántico porque permite por primera vez a la Sección Primera de la Sala enterarse de cierta cláusula tradicional pactada en los contratos con sus agentes vendedores sobre remuneración porcentual de los descansos obligatorios en domingos y festivos, que el Tribunal Superior de Bogotá reputa nula. Explica que es "interés romántico" porque en el caso de Lozano la condena por tal concepto es de $ 11.200.oo "cuantía que la hace intocable para la Corte".

Después de hacer otras consideraciones se refiere concretamente a este primer cargo y dice que el Tribunal para absolver a la sociedad del tratamiento médico y del auxilio de enfermedad no profesional, se fundó en que la Empresa no fue noticiada de la enfermedad del actor sino "más de dos meses después de terminado el contrato de trabajo"; en la omisión de todo certificado o dictamen que "precise el tiempo máximo de tratamiento de manera que el Juez del conocimiento pueda producir su fallo al período propuesto", y en que no se de-

mostró ningún período de incapacidad para el trabajo sufrida por Lozano.

Manifiesta luego que el recurrente "se esfuerza por desquiciar el primero de los tres soportes, sin lograrlo, pero no se ocupa de los otros dos", lo cual es suficiente para que no prospere la acusación.

Agrega que lo tocante al momento en que la empresa recibió alguna noticia de la enfermedad de Lozano no aparece desvirtuado por el impugnador.

Finaliza el apositor diciendo: "Entre lo escrito por el doctor Auli en el certificado de fl. 7 (que mantuvo en su poder el demandante hasta que lo acompañó original a la demanda, como lo advierte el sentenciador) y lo que él mismo afirma bajo juramento cuando declara a fl. 71, el Tribunal se atiene a lo jurado y el acusador prefiere lo injurado. La carta de fl. 27 alude a la afirmación de su propia enfermedad, que hace Lozano, contra el certificado médico de retiro, del médico de la Compañía en Montería único que allí se menciona y tal carta es posterior a la terminación del contrato, y las negativas enfáticas del Gerente Guerra en posiciones no dan cabida a ninguna tergiversación".

Se considera

El alcance de la impugnación no está presentado en forma completa porque el recurrente luego de pedir la casación parcial de la sentencia gravada, olvida decir, como lo exige la técnica del recurso, qué debe hacer la Corte, con el fallo de primer grado si prospera la acusación.

Sin embargo, debe entenderse que el impugnador aspira a que luego de infirmar el fallo del **ad-quem** en estos puntos se confirme la sentencia del **a-quo**, en cuanto condenó a la Singer Sewing Machine Company, al pago de favor del actor de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica y al auxilio monetario por enfermedad no profesional.

En cuanto al ataque mismo debe fijarse en el concepto de aplicación indebida de los artículos 227 y 277 del CST., en la modalidad de falta de aplicación de los mismos, por los errores de hecho que puntualiza el censor y que fueron cometidos por el Tribunal según aquél, por la equivocada apreciación de las pruebas que enumera.

Fijado así el alcance de este ataque y la modalidad de la infracción denunciada debe la Corte, en primer término, analizar la prueba señalada como equivocadamente apreciada para determinar luego si en verdad los documentos y la confesión expresan lo que afirma el recurrente y por tanto el **ad-quem** los aprecio con error.

El documento de folio 7, es una certificación expedida por el médico Alfredo Auli dirigida a la Compañía demandada, en la que declara que "de acuerdo con los resultados radiológicos practicados al señor José J. Lozano, debe ser atendido por un médico gastroenterólogo, pues presenta úlcera duodenal, hernia hiatal y colestereccis" y se permite sugerir para el tratamiento al doctor Alberto Albornoz Plata".

Este certificado que lleva fecha 15 de diciembre de 1967, en sentido legal es un documento auténtico, porque como fue reconocido, existe certeza sobre la persona que lo elaboró y suscribió. Además, es privado, conforme al inciso final del artículo 251 del C. de P. C.

De la prueba que se estudia se desprende que, con base en los estudios radiológicos practicados a Lozano este presenta las enfermedades allí descritas, y que el médico sugirió que Lozano debía ser atendido por un especialista recomendando para ello al doctor Alberto Albornoz Plata.

La documental del folio 27 consiste en una comunicación dirigida por la Singer a José Joaquín Lozano Rojas, el 22 de diciembre de 1967, mediante la cual la Compañía niega a aquél la solicitud de atención médico-quirúrgica que personalmente le hizo; le manifiesta que a ese respecto se atiene al certificado médico de retiro, que le practicó en Montería el facultativo de la Empresa y le recuerda que en relación con los "Pterigios Bilaterales", ya los tenía cuando comenzó a prestar servicios y que por esta afección presentó renuncia a las prestaciones sociales, con la debida autorización del Ministerio del Trabajo, División de Medicina del Trabajo.

Finalmente a las preguntas cuarta y quinta de la absolución de posiciones del repre-

sentante de la sociedad contienen la aceptación de que ésta utilizaba los servicios del doctor Auli R., para practicar exámenes de retiro de sus trabajadores, pero que el correspondiente al del actor lo hizo en Montería el doctor Alfonso Martínez Escobar médico de la Compañía (respuesta a la posición cuarta), y que no era cierto que luego de la práctica de aquél, se hubiera admitido "enviar al señor José J. Lozano a donde el doctor Alfredo Auli para que se le practicase un examen médico de retiro más minucioso" (respuesta a la posición quinta). Sin embargo, en aclaración a esta respuesta, aceptó el absolvente que luego de pagar al actor el valor de sus prestaciones sociales y de que el doctor Martínez le practicó el examen de retiro, y aproximadamente un mes después, se acercó a su oficina Lozano a informarle "que se sentía mal de salud" "y que a sabiendas de que la Compañía no tenía ninguna obligación para con él en cuanto a exámenes médicos de retiro porque ya le había sido practicado" con resultados satisfactorios, le pedía en vista de sus escasos recursos económicos, el favor de que autorizara al médico de la Compañía en Bogotá para que le practicara un examen y estableciera su estado de salud en ese momento.

Agregó el representante de la Singer que él accedió a esto por mera liberalidad y no porque tuviera la entidad ninguna obligación con el actor.

Descritas en la forma así reseñada las pruebas que destaca el acusador, la Sala debe precisar si en verdad su contenido es el que indica el recurrente.

Para el censor el certificado expedido por el doctor Auli, "lleva al convencimiento de que por orden de la sociedad", aquél practicó a Lozano un reconocimiento médico después de que se le hizo un examen radiológico y que llegó a la conclusión de que padecía la enfermedad no profesional de las características anotadas.

Dice el impugnador que es esta la apreciación correcta del documento, que se opone a la errónea del Tribunal al expresar que la Singer no había ordenado el reconocimiento y que éste se había practicado antes de los exámenes radiológicos, pues el contexto del certificado contradice en forma evidente la apreciación que de él hizo el juzgador de segunda instancia.

El certificado no dice que el médico que lo suscribió y reconoció hubiera practicado a Lozano examen alguno. Por el contrario, afirma el doctor Auli que "de acuerdo con los resultados radiológicos practicados al señor José J. Lozano, debe ser atendido por un médico gastroenterólogo, pues presenta úlcera duodenal hernia hiatal y colesterecis". En verdad, de acuerdo con el documento el doctor Auli, para dar su diagnóstico, examinó los estudios radiológicos y no al señor Lozano.

Lo que en realidad sucede con este documento y se traduce en la censura es que el recurrente sin explicarlo, desde luego, analizó este hecho a través de dos pruebas distintas al documento citado y el testimonio del mismo profesional que según el Tribunal desvirtúa en parte lo certificado por el mismo.

Si, por otra parte, lo examinado por Auli fueron las radiografías, entonces el documento, considerado aisladamente "no lleva al convencimiento de que por orden de la sociedad, aquél practicó a Lozano un reconocimiento médico. En síntesis, lo que pretende el impugnador es hacer decir a esta prueba, lo que ella no expresa.

Sobre la comunicación de 22 de diciembre de 1967 (Fl. 27) manifiesta el recurrente que ella está indicando a las claras "que la empresa Singer Sewing Machine Company tenía conocimiento de la enfermedad que padecía el señor Lozano y "del dictamen médico proferido por el doctor Auli" y que por tanto no cabe una apreciación distinta a que fue equivocadamente estimada por el ad-quem "en el sentido de que la solicitud de Lozano estaba fuera de los 30 días para reclamar la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica".

Lo afirmado en la censura es una mera opinión del recurrente. En realidad la carta de folio 27 se refiere a una solicitud personal que hizo el actor a la Singer de atención "Médico-Quirúrgica". No se expresa en ella la fecha de esta petición ni que la Compañía conociera el dictamen de Auli, por lo cual no puede concluirse como lo ha-

ce el recurrente, ni pretender hacer decir a esta prueba lo que tampoco expresa.

El Tribunal fue muy claro al decir en el fallo:

"Existe, es verdad, el documento proveniente de la empresa que tiene fecha 22 de diciembre, (Fl. 11) en el que niega su obligación a tal tratamiento apoyado en el concepto médico de retiro producido por el doctor Alfonso Martínez Escobar (Fls. 26 y 61). Sin embargo por los términos de él —y no se demostró en autos nada en contrario— aún en esta fecha la demandada no conocía los resultados del examen radiológico, ni tampoco el diagnóstico del doctor Auli. La mejor certeza al respecto, es que este último apareció en manos del propio ex-trabajador, pues fue él quien lo presentó como prueba en el juicio. De manera que, como está muy claro, no se cumplió por el demandante con el requisito de la solicitud al ex-patrono dentro del término legal, y a **contrario sensu**, de todo lo que obra en el informativo se deduce que la demandada sólo conoció la realidad de la controversia, a la presentación de la demanda, y con motivo del traslado que de ella se le hizo, es decir, el día 9 de febrero de 1968.

"Esta circunstancia está establecida, por lo demás, en la propia absolución de posiciones del Gerente de la Empresa, cuando enfáticamente repite que el dictamen del doctor Auli, no reposa entre los papeles de ella, (Respuestas 6ª y 8ª) y que no fue conocido por él (Fl. 50) hace afirmaciones como las de que él dijo al doctor Martínez en Montería su estado de salud, y que aquí en Bogotá lo informó al señor Guerra Molino, nada de esto encuentra, como hecho exceptivo, respaldo en los autos, como tampoco lo encuentra su afirmación de que la Empresa le dio orden de pedir una cotización sobre el tratamiento, y cuando ella lo conoció rechazó su pedido. Si este hecho se ha pretendido demostrar con el certificado que obra a folio 8, habrá que decir que él no fue reconocido por su signatario, de aquí que carezca de todo valor procesal. Por lo demás fue presentado por el propio trabajador, cuando si lo pidió la empresa, debía reposar en su poder. De manera que todas estas circunstancias conducen necesariamente a la Sala a sostener la tesis de que la demandada sólo conoció formalmente el objeto concreto de la solicitud del trabajador, más de dos meses después de terminado el contrato de trabajo, es decir, cuando se le notificó la demanda".

Finalmente, el impugnador manifiesta que las posiciones 4ª y 5ª absueltas por el representante legal de la Singer analizadas en conjunto "llevan al convencimiento evidente de que el examen practicado por el doctor Alfredo Auli al señor José J. Lozano fue autorizado por la sociedad Singer Sewing Machine Company".

Esta conclusión no es cierta porque se parte de la base de que el doctor Auli practicó examen al actor y en realidad la prueba de confesión que se estudia no lo evidenció. Lo único cierto fue la autorización a Lozano de un reconocimiento médico por parte de Auli que según la declaración de parte no tenía el carácter de "examen de retiro más minucioso" y que, con las probanzas analizadas se ignora si se practicó.

Ninguna de las pruebas examinadas, ya sean consideradas individualmente o en conjunto, demuestran de modo ostensible los errores de hecho puntualizados por el acusador.

La realidad del proceso indica que a la terminación del contrato la Singer, como lo dice el Tribunal tuvo conocimiento de que Lozano se encontraba bien de salud según fue certificado por el médico de la Empresa en Montería; que sólo cuando se dio a la Compañía traslado de la demanda el 9 de febrero de 1968, conoció el dictamen del doctor Alfredo Auli por haber acompañado el demandante a su libelo y que en el proceso no se acreditó ninguna incapacidad de Lozano para desempeñar sus labores como lo exigen los artículos 227 y 277 del C. S. T.

Ha de agregarse también que la sentencia acusada, como dice el opositor, descansa en otros fundamentos no atacados por el recurrente que aquél señala y que por este hecho tampoco podría quebrarse el fallo en cuanto absolvió a la Compañía del pago de las prestaciones asistenciales y del

auxilio monetario por enfermedad no profesional.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo

Este ataque se formula así:

"La sentencia impugnada viola indirectamente por haber dejado de aplicar el artículo 65 C. S. T. en relación con los artículos 227 y 277 de la misma obra, violación que se produjo a causa de errores de hecho evidentes que aparecen de modo manifiesto en los autos y como consecuencia de errónea aplicación de unas pruebas".

Dice en seguida el recurrente:

"Es evidente que para producir la absolución por indemnización moratoria a cargo de la sociedad Singer Sewing Machine Company el Tribunal incurrió en los errores de hecho, que puntualizo a continuación y que aparecen de modo manifiesto en el proceso de conocimiento.

"a) Dar por probado sin estarlo que la sociedad Singer Sewing Machine Company no tenía obligación legal de prestar asistencia médica quirúrgica y farmacéutica al señor José J. Lozano.

"b) Dar por probado sin estarlo que la sociedad Singer Sewing Machine Company S. A. no tenía obligación de pagar al señor José J. Lozano el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional.

"c) Dar por demostrado sin estarlo que existía una conducta de buena fe en la sociedad Singer Sewing Machine Company para no pagar al señor Lozano el valor de los descansos dominicales y festivos en la forma prescrita por la ley".

Como pruebas mal apreciadas señala a continuación el recurrente el certificado expedido por el doctor Alfredo Auli (Fl. 7), las posiciones absueltas por el representante de la entidad demandada, en relación con las preguntas 5ª y 6ª del pliego (Fls. 43 y ss.) y el contrato de trabajo suscrito entre Lozano y la sociedad (Fls. 21 y ss.).

Respecto a la prueba primeramente citada, dice el impugnador que ella indica el hecho evidente de que el actor padecía una enfermedad no profesional el día 15 de diciembre de 1967, o sea dentro de los 30 días subsiguientes a su retiro de la Empresa y que como tal enfermedad fue dictaminada por un médico autorizado por la Singer para ello, es claro que su análisis correcto habría llevado al juzgador al convencimiento de la obligación que tenía la demandada de prestar asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica al demandante en razón de la mencionada enfermedad.

Las respuestas dadas por el representante de la Singer a las preguntas 5ª y 6ª de las posiciones que absolvió, dice el recurrente, demuestran que el examen practicado por el doctor Auli al actor fue autorizado por la Compañía y que tal profesional "estaba dotado de competencia para realizar los exámenes de retiro" por lo cual el dictamen de la enfermedad no profesional adquirió toda la fuerza legal para probar no sólo dicha enfermedad sino la incapacidad para el trabajo que ella ocasionaba.

Finalmente, en relación con el contrato de trabajo, afirma el censor que si el fallador hubiera analizado en forma correcta su cláusula tercera, habría llegado a la conclusión de su evidente ineficacia y de la violación contenida en ella de preceptos laborales, "aspectos que no se compaginan con la buena fe que se atribuye a la demandada en la sentencia pues existe un principio general en nuestra legislación de que la ignorancia de la ley no es excusa para su cumplimiento".

Para terminar el ataque dice el recurrente:

"Si se hubiere realizado un análisis exhaustivo y en conjunto de las pruebas que he singularizado el juzgador habría tenido que dar aplicación al artículo 65 del C. S. del T. por haber encontrado que al término del contrato la sociedad demandada no había prestado la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica debida al demandante, ni le había cancelado a éste el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional y los descansos dominicales y festivos", y agrega: "sólo los errores de hecho puntualizados, llevaron al Tribunal a la absolución de la sociedad demandada por indemnización moratoria, por tanto la Ho-

norable Corte debe casar la sentencia en este aspecto y convertida en Tribunal de instancia debe condenar a la sociedad demandada al pago de la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del C. S. T.".

El opositor al referirse a esta censura manifiesta:

"El segundo cargo es todavía más endeble. Para absolver de la sanción moratoria impetrada, el sentenciador se fundó en que la empresa no debía las prestaciones asistenciales y económicas a que el Juzgado la condenó, y aunque 'ciertamente' debía la remuneración de los descansos obligatorios en domingos y festivos, "defendió y está aún defendiendo sus puntos de vista con honestidad y al amparo de un contrato escrito de trabajo que creó equivocadamente la situación controvertida y decidida". No pudo añadir, porque entonces no se habían producido las sentencias de la H. Corte en los casos González y Núñez, ya citados, que tampoco debía la Singer el nuevo pago de la retribución de los descansos ya pagados. En dónde se evidencia, pues, la mala fe de la Empresa?"

Se considera

Como en el anterior ataque, éste en precisión de técnica, debe fijarse en el concepto de aplicación indebida del artículo 65 C. S. T., dentro de la modalidad de falta de aplicación del mismo, que obedeció según la censura a errores de hecho por equivocada apreciación de algunas pruebas.

El ad-quem, en la sentencia acusada, se expresó así respecto de la indemnización moratoria solicitada por el actor:

"Indemnización por el no pago de las prestaciones sociales"

"Es otra de las cuestiones propuestas que no pueden despacharse con el corto argumento de que "al actor no le fueron pagadas las prestaciones a que se refiere el Art. 277 del C. S. T., al término del contrato", según es el criterio del juzgador de primer grado, (Lo subrayado es de la Sala), y por lo tanto se justificaría la aplicación del artículo 65 del Estatuto Laboral. Así no se puede administrar justicia cuando están en juego, no sólo los intereses económicos de un empleador —que en el fondo lo son en parte de quienes trabajan con él— sino el aspecto moral que significa su posición frente a los hechos. Por esto último, la Corte ha estimado que el artículo sólo debe aplicarse en aquellos casos que no presenten duda ninguna respecto a la buena o mala fe del patrono en el hecho del pago de lo presuntamente debido. Es necesario tener en cuenta que el artículo en comentario se refiere específicamente a los salarios y prestaciones "debidos...". a la terminación del contrato de trabajo. De aquí que la obligación del empleador se circunscriba sólo a lo que "realmente" debe, es decir, a aquéllo que es consecuencia inmediata del propio contrato y de su desarrollo, y que se deduce sin lugar a dudas del mismo. Pero en ningún caso puede la ley, menos el juzgador, poner al patrono a adivinár cada vez que termine el contrato de trabajo de uno de sus servidores, cuál otro derecho "podrá" adeudarle, o sobre qué prestación inadvertida estará pendiente en su contra una obligación. Semejante situación absurda no se compadecería con un sano criterio de equidad, y sería contraria al contenido esencial del concepto de lo justo. Precisamente por esta misma circunstancia la jurisprudencia ha sido explícita en declarar que el patrono que consigna lo que confiese deber, y cree deber siendo este racional se libera de la obligación de indemnizar por mora. Es esta indudablemente una sana doctrina que mantiene sin mengua el principio de la equidad que tanto ha mencionado la Sala, como elemento fundamental en el logro equilibrado de las relaciones obrero-patronales. Estos argumentos serían razón suficiente para negar toda aplicación del Art. 65 en el supuesto caso que se hubiera producido una condena de las características de lo pedido por el actor, y con los elementos necesarios para ella que ya se ha analizado. Pero no existiendo ella, la condena, no puede condenarse a la demandada al pago de tal indemnización".

"Se dirá, empero, que se ha decretado una condena por dominicales y días feriados. Sucede sin embargo que esta cuestión se ha decidido por la justicia en un amplio debate judicial, en el que la sociedad defendió y está aún defendiendo sus puntos de vista con honestidad o al amparo de un contrato escrito de trabajo que creó equivocadamente la situación controvertida y decidida. Cuando el trabajador que demanda terminó sus servicios a la sociedad, ésta aún no sabía judicialmente que estaba obligada a hacer la cancelación de tales derechos, de manera que no puede tampoco por este aspecto imputársele mala fe en la falta de pago de tales derechos a la terminación del contrato de trabajo".

"Por todo lo dicho se revocará pues, la condena que hace el Juez a-quo relativa a los salarios caídos, absolviendo de este cargo a la demandada".

La anterior motivación del fallo de segunda instancia indica que el Tribunal consideró que la Singer no obró de mala fe al abstenerse de pagar cuando terminó el contrato, el valor de los descansos dominicales y festivos, única condena que quedó en firme al resolver la alzada.

Pero el recurrente en este cargo considera que sí está demostrada la mala fe de la Singer no solamente por no haberse cancelado dicha suma, sino porque tampoco se pagaron a Lozano el valor de las prestaciones asistenciales pedidas y el auxilio monetario por enfermedad no profesional.

Respecto al examen que nuevamente propone el impugnador en este ataque sobre el certificado del doctor Alfredo Auli y de las posiciones que absolvió el representante legal de la Singer, la Corte no puede volver sobre ellos, como elemento configurante de la mala fe de aquélla por cuanto no tuvo éxito el cargo anterior, que precisamente se dirigía a obtener la infirmación de la sentencia, para que en instancia, se acogiera lo resuelto por el a-quo condenando a la Compañía al valor de las prestaciones asistenciales y del auxilio monetario por enfermedad no profesional.

En cuanto al contrato de trabajo de Fls. 21 y ss. que apreció el fallador, no se indica por el recurrente en qué consistió su indebida estimación. Se limita a impugnar su cláusula tercera y a alegar sobre su ineficacia.

Con todo, frente a este documento, es preciso indicar que si las relaciones entre Lozano y la Singer se rigieron por él sin que el trabajador durante su vigencia reclamara pago por descansos dominicales y festivos, distinto a lo que se pactó en la parte final de su cláusula tercera, la Singer Sewing Machine Company, tuvo razón atendible, configurante de su buena fe, para no cancelar a Lozano el valor de los descansos dominicales y festivos después reclamados en juicio.

No se está en presencia como lo alega el acusador de que la "ignorancia de la ley no es excusa para su cumplimiento". De lo que se trata, en cuanto a la Empresa se refiere, es del cumplimiento de una estipulación pactada en el demandante cuya eficacia no tenía motivo para descalificar.

En estas circunstancias y en el caso que se examina, el Tribunal no cometió error al considerar que la Compañía obró de buena fe.

El cargo en consecuencia no prospera.

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 30 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de José J. Lozano R., contra la Singer Sewing Machine Company.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, 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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

BANCO CAFETERO

En el mes de diciembre de 1968, se produjo la reforma administrativa y el Banco Cafetero fue clasificado por el Decreto 2420 del citado año, como una Empresa Comercial del Estado, adscrito o vinculado al Ministerio de Agricultura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre treinta y uno (31) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Con esta providencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado del **Banco Cafetero** contra la sentencia de 21 de octubre de 1971, proferida por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villávicencio**, en el ordinario de trabajo seguido por el señor **William Ramírez Pita** contra la citada entidad Bancaria.

Antecedentes

Por conducto de apoderado, el señor Ramírez Pita, demandó al Banco Cafetero, representado en Villavicencio por el Gerente Omar Aguirre R., o por quien haga sus veces, para que, previos los trámites de un juicio laboral, y en sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada se hicieran a su favor las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que fue injusto e ilegal el despido que le hizo el Banco como trabajador de su sucursal en Villavicencio y que le comunicó en carta de 31 de agosto de 1970.

Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la entidad nombrada a pagarle la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 8º, numeral 4º del Decreto 2351 de 1965, o sea la suma de $ 56.781.50, o cuanto más se probare.

Tercera. Que la misma empresa sea condenada a pagarle la "sanción moratoria" de que trata el artículo 65 C. S. T., por no haberle hecho practicar examen médico de retiro.

Cuarta. Que igualmente se produzca condena a su favor por los gastos razonables "de regreso a su sede o lugar de contratación en la ciudad de Medellín, ya que lo hizo cambiar de residencia para prestar sus servicios".

Quinta. Que la entidad bancaria sea condenada al pago de los derechos que sean procedentes por extra o ultra petita; y

Sexta. Que se condene al Banco a pagar las costas del juicio.

El apoderado del actor fundamentó las anteriores pretensiones en los siguientes hechos:

"1º El señor William Ramírez Pita, trabajó a órdenes del Banco Cafetero, mediante contrato escrito de trabajo, ocupando diversas posiciones, desde el 5 de febrero de 1960 hasta el día 31 de agosto de 1970.

"2º El trabajador William Ramírez Pita, fue contratado por el Banco demandado, inicialmente en la ciudad de Medellín y para el cargo de Supernumerario. Debido a sus grandes capacidades de trabajo y eficiente labor desarrollada en favor y beneficio de los intereses de la entidad demandada, fue ascendido y escalando posiciones de importancia, tales como la de Secretario de la Sucursal del Banco Cafetero en Puerto Salgar y Gerente de la misma; posteriormente director de la Agencia del Banco en Ayacucho con Sucre en la ciudad de Medellín; más adelante Gerente de la Su-

cursal en Gamarra, y, finalmente, Secretario de la Sucursal del Banco Cafetero en Villavicencio, cargo que desempeñaba cuando el contrato fue terminado por voluntad expresa de la parte demandada.

"3º Cuando el trabajador demandante se encontraba en el desempeño de sus funciones de Secretario de la Sucursal de Villavicencio, fue despedido por el Banco Cafetero, en comunicación de fecha de agosto 31 de 1970, en forma por demás injusta, apresurada e ilegal, por cuanto en tal comunicación la entidad demandada invocó como causales para terminar el contrato de trabajo hechos y razones evidentemente contrarias a la realidad, que no constituyen causales justificativas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente.

"4º En la carta de marras, de que habla el hecho anterior, la parte demandada considera como justas causas para tomar la determinación de romper unilateral la relación laboral que la ligaba a la parte actora, actuaciones propias de todo Gerente o Director de Banco. Además, en forma apresurada se le endilga una vaga acusación de haberse presentado a trabajar a la oficina el día sábado primero (1º) de agosto de 1970 en estado de embriaguez, cuando la realidad fue muy distinta: El Secretario del Banco William Ramírez Pita se "encontraba indispuesto por malestares estomacales" fenómeno distinto a la embriaguez. Igualmente la demandada invoca todas las causales de que trata el Art. 7º del Decreto 2351 de 1965 para despedir al actor, lo cual constituye una verdadera "encerrona", y una actuación ilegal e irregular.

"5º Pero lo único evidente y cierto fue que el viernes 31 de julio de 1970, el trabajador Ramírez Pita, trabajó hasta las doce (12) de la noche en compañía de otros empleados del Banco Cafetero, adelantando el balance mensual de julio. A la salida del Banco, el trabajador Ramírez, en asocio de los señores Francisco Cuervo, Fabio Charry y Luis Felipe Sepúlveda, entraron a un establecimiento de café y en el mismo tomaron algunos tragos hasta muy cerca de las 3 1/2 de la mañana, hora en que fueron a dormir.

"Mi poderdante durmió el tiempo que consideró necesario, y a las 8 a.m. del sábado 1º de agosto de 1970, se encontraba trabajando en el Banco Cafetero, como siempre lo hizo, por esta vez, con una afección estomacal que lo estaba molestando. Pero jamás se presentó a trabajar en estado de embriaguez, en tal fecha, ni nunca, al Banco Cafetero.

"6º En memorándum de fecha 3 de agosto de 1970, el Banco Cafetero, por intermedio de su Gerente en la ciudad de Villavicencio, pretende llamarle la atención al trabajador por deficiencias de la Oficina y del personal de empleados de la misma. Pero lo cierto es que a renglón seguido, en el mismo memorándum la parte demandada reconoce que la desorganización del Banco y el poco rendimiento del personal, se debe a los "bajos sueldos" y a la "falta de personal idóneo", factores que no los podía controlar el Secretario del Banco sino las directivas de la institución.

"7º A pesar de lo anotado en el hecho anterior, la carta de despido, invoca como fundamento o base justa para terminar el contrato de trabajo entre el Banco y el trabajador, las razones expuestas en el citado memorándum.

"8º Con fecha 4 de agosto de 1970 el señor William Ramírez P., contesta el memorándum que el día 3 le enviara al Gerente del Banco Cafetero, y en ella le recalca que ese ha sido el primero en su género que se le había enviado; que ha sido un trabajador leal para con el Banco, para con los intereses del mismo; que le ha trabajado tesoneramente entre 12 y 14 horas diarias, así como en días domingos y festivos, que no pueden ser demeritados por la institución, ni arrojados al olvido.

"9º A pesar de que la supuesta presentación en estado de embriaguez que la parte demandada invocó para terminar el contrato de trabajo, acaeció el día 1º de agosto de 1970, la parte demandada solamente decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo, 30 días después, es decir el 31 de agosto del mismo año, lo que lleva al pleno convencimiento de cualesquiera persona desprevenida que tal acto no te-

nía la gravedad y justificación que le otorgó el Banco Cafetero.

"10. Lo cierto y evidente es que el trabajador desempeñó las tareas que le fueron encomendadas con eficiencia, de muy buena fe y celo excesivos, los que fueron reconocidos siempre por sus superiores jerárquicos en infinidad de cartas y documentos en que se le felicitó por el cumplimiento de sus deberes.

"11. En cambio, la entidad demandada no dio fiel cumplimiento a los ordenamientos previstos en el artículo 55 del C. S. del T., por cuanto el demandante debió desplazarse a Bogotá para tratar asuntos oficiales del Banco Cafetero, por habérselo solicitado así el Jefe de la División de Relaciones Humanas en Oficio número 18092 suscrito en Bogotá el 27 de mayo de 1970 y que le fue remitido a Gamarra, pero en donde expresamente se le decía que "queremos anticiparle que todos los gastos que cause su visita a esta capital, deberán ser cubiertos de su propio peculio".

"12. El último sueldo promedio mensual por el trabajador en el desempeño de sus funciones fue de $ 4.524.44 m/cte., salario básico con el cual se le liquidaron sus prestaciones sociales, tales como cesantía, prima de servicios y vacaciones.

"13. La empresa demandada ha violado todas las disposiciones laborales para con el señor Ramírez Pita, e inclusive, habiéndolo despedido injustamente, no le ha pagado la indemnización correspondiente, ni le hizo ni le ha hecho practicar el examen médico de retiro".

En derecho, el actor apoyó su demanda en los artículos 14, 18, 21, 22, 54, 55, 64, 65, 66 y 127 del C. S. del T. y en los textos 2, 5, 8, 15 y concordantes del Decreto 2351 de 1965, y ss. del Decreto 1373 de 1966 y en el Código Procesal del Trabajo.

El Banco Cafetero, una vez que le fue corrido el traslado de la demanda, la contestó ante el Juez del Trabajo de Villavicencio, por intermedio de apoderado. En la respuesta se opuso a todas y cada una de las peticiones del actor y excepcionó 'inexistencia de las obligaciones correlativas al petitum de la demanda" y aquella "que se infiere de haber incurrido el trabajador en las causales previstas por la ley para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo".

Sobre los hechos manifestó:

"Al primero: Es cierto.

"Al segundo: En cuanto al hecho de haber trabajado al servicio del Banco es cierto. En lo restante es cuestión de apreciaciones.

"Al tercero: Sólo acepto como cierto la comunicación a que alude en este "hecho" pero me remito al texto de la misma.

"Al cuarto: No contiene hechos distintos a las consideraciones que hace el actor para interpretar la aludida comunicación, a cuyo texto nuevamente me remito.

"Al quinto: Lo que se pruebe.

"Al sexto: Es cierto el memorándum a que se refiere este "hecho" a cuyo texto me remito.

"Al séptimo: Nuevamente me remito al texto y verdadero sentido del referido memorándum.

"Al octavo: Me atengo a lo que diga esa prueba por su aspecto formal pero no acepto su contenido.

"Al noveno: Es una interpretación acomodaticia de los verdaderos hechos.

"Al décimo: No es cierta esa interpretación respecto a los fenómenos determinantes del despido. En lo demás que se pruebe.

"Al undécimo: Es un incidente que no toca con la cuestión del juicio que desconozco.

"Al duodécimo: Me atengo al estimativo que registra el acta de liquidación de prestaciones.

"Al decimotercero: No acepto la apreciación hecha por el Actor de que el Banco haya violado normas de derecho y en cuanto al examen médico de retiro debe aclarar que el Banco jamás se ha negado a la práctica del examen y a que se le expida el certificado médico; ha estado a disposición de cumplir ese requisito siempre que el trabajador lo solicite".

Tramitado el juicio en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia de 12 de agosto de 1971, en la que resolvió:

"Primero. Declárase no probada la ex-

cepción de inexistencia de la obligación propuesta en oportunidad por el señor apoderado de la parte demandada.

"Segundo. Declárase que la terminación unilateral por parte del patrono del contrato que vinculaba al señor William Ramírez Pita y al Banco Cafetero, no tuvo justas causas.

"Tercero. Condénase al Banco Cafetero, entidad representada en esta ciudad por el señor Gerente de la Sucursal, señor Omar Aguirre, a pagar en favor del señor William Ramírez Pita, la suma de cincuenta mil doscientos noventa y cuatro ($ 50.294.90) pesos con noventa Ctvos., como indemnización patronal por terminación unilateral sin justa causa, del contrato de trabajo que los vinculaba.

"Cuarto. Absuélvese a la demandada de las pretensiones enumeradas en el libelo de la demanda como tercera y cuarta.

"Quinto. Condénase en las costas del juicio a la parte demandada".

Los apoderados de ambas partes apelaron de la anterior providencia y el Tribunal Superior de Villavicencio, al resolver la alzada en fallo de 21 de octubre de 1971 la confirmó en todas sus partes e impuso las "costas de la instancia a cargo de la parte vencida".

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del Banco Cafetero que fue concedido por el adquem y luego admitido por la Corte.

El recurso

Con él se pretende, según lo expone el acusador, que la Sala "case la sentencia recurrida y, en sede de instancia, revoque los ordinales Primero, Segundo, Tercero y Quinto de la sentencia proferida por el señor Juez Laboral del Circuito, el día 12 de agosto de 1971 (Fls. 277 a 292) y, en su lugar absuelva al Banco Cafetero de las respectivas pretensiones".

Se presentó escrito de réplica.

La acusación

El recurrente, con apoyo en la causal primera del artículo 60 del Decreto Extraordinario 528, formula contra la sentencia un cargo, así:

Cargo único

"La sentencia es violatoria por infracción directa, en la modalidad de falta de aplicación, del artículo 1º de la Ley 65 de 1967, del artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, del artículo 1º del Decreto 3130 de 1968, del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y del artículo 19 del Decreto 2420 de 1968, todas estas disposiciones en relación con los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, que también se dejaron de aplicar. A consecuencia de la infracción directa de las normas anteriormente enunciadas en la modalidad indicada, se aplicaron indebidamente los artículos 5º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965".

El impugnador transcribe los ordinales i) y j) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967 y dice que en desarrollo de las facultades otorgadas en la norma legal copiada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1050 de 1968, cuyo artículo 25 también produce y expresa que dentro de las mismas facultades el artículo 1º del Decreto 3130 del mismo año clasificó a las entidades descentralizadas en tres clases: Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta.

Agrega el censor que 'la reforma en comento', dio a los trabajadores de las empresas industriales y comerciales del Estado la calidad de oficiales y que así lo expresó el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que igualmente transcribe.

Pasa luego el recurrente a referirse al Banco Cafetero y manifiesta que la calidad de empresa del Estado de aquél, quedó claramente definida en el artículo 19 del Decreto 2420 de 1968, que en lo pertinente, expresa: "organismos adscritos o vinculados al Ministerio de Agricultura: Son organismos adscritos o vinculados al Ministerio de Agricultura los que a continuación se indican: a) ... b) Las siguientes empresas industriales y comerciales... 2. Banco Cafetero".

Dice a continuación el recurrente que el Tribunal Superior de Villavicencio, al confirmar la sentencia de primera instancia infringió, por ignorarlas, las anteriores disposiciones "y esta ignorancia lo indujo ade-

más a dejar de aplicar el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo, norma que limita el ámbito de aplicación del estatuto a **las relaciones de derecho individual de carácter particular.** Y dejó de aplicar también y por este modo se rebeló contra el artículo 4º ibídem, según el cual, "Servidores Públicos". Las relaciones de derecho individual del trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten".

Agrega el impugnador:

"La infracción directa, de las disposiciones de la reforma administrativa ya señaladas relacionada con la infracción directa también de las normas del Código Sustantivo del Trabajo igualmente indicadas, fue el medio eficiente para que, además, adquem y a-quo violaran por aplicación indebida, los artículos 5º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965 que modificaron o sustituyeron las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo".

Para demostrar la aplicación indebida de los tres artículos citados antes, del Decreto 2351 de 1965, se expresa así el recurrente:

"El artículo 5º define lo que debe entenderse por contrato de trabajo a término indefinido y, en tal sentido sustituyó el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. Al aplicarse al caso sub-lite, se aplicó indebidamente, pues ya quedó visto que las normas del Código no se aplican a los trabajadores oficiales y quedó visto también que el Banco Cafetero es una Empresa del Estado, de lo cual se deduce que por haber trabajado en ella el señor William Ramírez Pita, hecho no controvertido, tenía la calidad de trabajador oficial.

"De la misma manera el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que al establecer las justas causas de terminación del contrato de trabajo sustituyó los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Por último, el Tribunal también, al confirmar la decisión del primera (sic) instancia en la sentencia objeto de censura, aplicó indebidamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y que, como en el caso de las dos normas anteriormente citadas, no era aplicable al caso subjudice, por tratarse de una empresa Estatal y de un trabajador oficial".

Al finalizar el ataque dice el acusador:

"Para enmendar el agravio causado a la ley, en la forma que se deja indicada, y, además a la parte recurrente, tal como se pide en el alcance de la impugnación, reitero a esa Honorable Sala la petición de que se case la sentencia recurrida y que, en función de instancia se revoquen los ordinales Primero, Segundo, Tercero y Quinto del fallo de primera instancia y, en su lugar se absuelva de las correspondientes peticiones a la parte recurrente".

El opositor manifiesta que es cierto que la parte demandada es una empresa industrial y comercial del Estado y que sus servidores son trabajadores oficiales suyos, como lo aceptó expresamente el a-quo y los prohijó de modo tácito el ad-quem. Pero de estos supuestos, dice, que descartan la inaplicación de los artículos 1º de la Ley 65 de 1967, 25 del Decreto 1050 de 1968, 1º del Decreto 3130 de 1968, 5º del Decreto 3135 de 1968 y 19 del Decreto 2420 de 1968, no se sigue necesariamente, que el Código Sustantivo del Trabajo, en su parte de derecho individual y dentro de ella, el Decreto 2351 de 1965, sea siempre inaplicable.

Para demostrar lo dicho transcribe el replicante una jurisprudencia de la Sala de 15 de abril de 1968 en el juicio de Hermógenes Mendoza contra Puertos de Colombia y dice que lo predicado en ella de los establecimientos públicos es igualmente aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, por poseer sus mismas características de autonomía. Manifiesta que además, es evidente que la protección por desoido sin justa causa que otorga el Decreto 2351 de 1965, es más favorable que las que conceden, en las mismas circunstancias, las normas que, por regla general, se aplican a los trabajadores oficiales.

Dice en seguida el opositor que es cierto que una aplicación tal, por excepcional, requiere una demostración adecuada y que, en este caso se encargó de hacerla, de manera fehaciente, la propia parte demandada, con el ejemplar de su Reglamento Interno de Trabajo y la atestación del demandante de haber recibido otro igual.

En este Reglamento, manifiesta el opositor, el Banco somete expresamente su régimen interno laboral a la parte de derecho individual del C. S. T. al Decreto 2351 de 1965 y a las demás disposiciones que la adicionan y reforman, lo que explica que se hubiera despedido a Ramírez Pita con invocación de tal Reglamento concordado con el artículo 7º del Decreto antes citado.

De lo expuesto, agrega el apoderado del trabajador resulta que la cuestión controvertida no es exclusivamente jurídica, también lo es, en mayor grado, fáctica, por lo cual el camino escogido por el cargo, de infracción directa, aparece inadecuado.

Termina el opositor expresando que en el momento en que el Banco despidió al actor no solamente podía someter su régimen interno laboral a las normas de derecho individual del C. S. T., con sus adiciones y reformas, sino que estaba obligado a hacerlo así, de conformidad con el numeral 1 del artículo 6º del Decreto 1848 de 1969, in fine, pues apenas fue anulado el 27 de julio de 1971 y ocurre que el cargo no señala este numeral como infringido por aplicación indebida, ni sindica a la sentencia gravada por inaplicación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, lo que, además, lo torna incompleto en su formulación.

Se considera

En el año de 1968, antes de que el Gobierno Nacional como Legislador Extraordinario, expidiera la reforma administrativa, haciendo uso de las facultades que le confirió la Ley 65 de 1967, el Banco Cafetero prescribió para todos sus trabajadores un Reglamento Interno de Trabajo, según el cual tanto a la Entidad Bancaria como a sus servidores se aplicaba el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 2351 de 1965 y las demás normas que modificaren uno y otro. Se colocó así el Banco dentro de un sistema de excepción.

En el mes de diciembre de 1968, se produjo la reforma administrativa y el Banco Cafetero fue clasificado por el Decreto 2420 del citado año, como una Empresa Comercial del Estado, adscrito o vinculado al Ministerio de Agricultura.

Es pues, el Banco a partir de lo dispuesto por el Estatuto antes citado, y teniendo en cuenta que fue creado por el Decreto 2314 de 1963, un organismo que desarrolla su propia actividad "conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", y reúne las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa; y

c) Capital independiente, constituído con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. (Decreto 1050 de 1968, Art. 6º).

No es pues ya la citada entidad Bancaria una de aquellas empresas susceptibles de ser fundadas y manejadas por particulares, según lo tenía previsto el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, ni un establecimiento público, tal como lo había concebido la jurisprudencia de la Sala.

Además, el Banco Cafetero está manejado por una Junta o Consejo Directivo, que siempre presidirá un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo o su Delegado; y de un Gerente, Director o Presidente que, a voces del artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, "será su representante legal".

Fijada por los Decretos 1050 de 1968, y 2420 del mismo año la naturaleza jurídica del Banco Cafetero, el Decreto 3135 de 1968 señaló para determinados efectos una de las excepciones a que alude el artículo 6º del primer estatuto y dijo:

Artículo 5º Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.

. . . . . .

Las personas que presten sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales (subraya la Sala)...."

Si, en esta forma objetiva el artículo 5º

del Decreto 3135 de 1968, establece que los servidores de las Empresas del Estado son trabajadores oficiales, no es dable aplicarle a ellos el Código Sustantivo del Trabajo, conforme éste lo dice en su artículo 3º y es de obligatorio cumplimiento su texto 4º.

La Corte no puede aceptar conflicto entre un simple estatuto interno de trabajo, el Reglamento de la Empresa y la ley. Aquél es de rango inferior a éste y por tanto, si sus previsiones pugnan con la ley, se aplicarán de preferencia los mandatos de ésta.

En el caso que se estudia el Banco Cafetero es una empresa oficial y el actor tuvo la calidad de trabajador oficial.

No se podía pues, aún existiendo el Reglamento Interno de trabajo, aplicar al actor las normas del Decreto 2351 de 1965, que reformaron el C. S. T.

El Tribunal al confirmar la sentencia del a-quo, infringió directamente los preceptos citados en el cargo, y tal violación la cometió cuando prohijó lo dicho por la sentencia de primera instancia, a la que se debe referir la Corte. Dijo el Juez de primera instancia:

"I. **Elementos del contrato que vincularon a las partes:**

"Con la aceptación de los hechos de la demandada, números primero, segundo y duodécimo, quedó claramente establecido que el demandante **William Ramírez Pita** trabajó para el **Banco Cafetero**, mediante contrato escrito de duración indeterminada, desde el día 5 de febrero de 1960, hasta el 31 de agosto de 1970. Que las actividades desarrolladas fueron las de supernumerario, Secretario y Director de las sucursales de Puerto Salgar y Gamarra y finalmente Secretario de la sucursal de Villavicencio. Que la última asignación mensual fue la suma de cuatro mil quinientos veinticuatro ($ 4.524.44) con cuarenta y cuatro Ctvos. tal como lo estima el registro del acta de liquidación visible al folio 38, a la cual se atiene el señor apoderado de la entidad demandada, según manifestación expresa que hace en la contestación.

"Establecido así que el vínculo laboral entre las partes fue contractual y en los términos antes señalados, y que el establecimiento bancario demandado es una institución similar a un particular, se debe entrar a hacer el análisis de las consecuencias que puede acarrear su terminación y que están concretadas para el apoderado del actor, en las pretensiones de la demanda".

Además, la infracción culminó cuando ambos juzgadores, aplicaron indebidamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que es como lo anota el recurrente, reformatorio del artículo 64 C. S. T.

Pero encuentra la Corte que en materia de derecho individual del trabajo entre empresas del Estado y los servidores de éstas, que por regla general, tienen el carácter de trabajadores oficiales, y por consiguiente el vínculo que las une es de contrato de trabajo, nada dicen los nuevos estatutos para efecto de la pretensión de la litis.

Debe entenderse entonces, que respecto a este contrato, a su duración y a la indemnización por ruptura ilegal e injusta, se encuentran vigentes las prescripciones de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año.

Siendo esto así, y como la pretensión del actor es obtener una indemnización por despido unilateral, el cargo sólo prospera parcialmente y la Corte proferirá sentencia como Tribunal de instancia.

Consideraciones de instancia

I. No se discutió en el juicio que William Ramírez Pita hubiera sido trabajador al servicio del Banco Cafetero, como tampoco, que ocupando diversas posiciones, su tiempo laborado hubiera sido del 5 de febrero de 1960 al 31 de mayo de 1970, es decir de 10 años 6 meses y 24 días.

II. Tampoco se controvirtió que devengó un salario mensual de $ 4.542.44.

III. No fue tema del recurso extraordinario la situación de Ramírez Pita frente al Banco Cafetero, en relación con faltas o actos que aquél hubiera cometido para que fuera sujeto de un despido unilateral, injusto.

IV. Es legal la pretensión del demandante sobre indemnización por el despido del cargo que venía desempeñando.

V. De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 conforme a disposición de

la Ley 64 de 1946, y del 51 del Decreto reglamentario 2127 de 1945, el demandante tiene derecho a que se le pague lo que faltaba para vencerse el plazo presuntivo de su contrato de trabajo como indemnización o sean cinco meses y seis días de sueldo, que a razón de $ 4.542.44 equivale a la suma de $ 23.620.69.

VI. Las costas de la primera instancia serán por cuenta del Banco Cafetero en un 60%. No se imponen costas de la segunda instancia.

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 de segunda instancia proferida el 21 de octubre de 1971 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en cuanto al confirmar la de primera instancia condenó al Banco Cafetero a pagar a William Ramírez Pita como indemnización por despido unilateral sin justa causa, la suma de $ 60.294.90 y al pago de las costas del juicio y como Tribunal de Instancia, MODIFICA los numerales Tercero y Quinto de la sentencia de primer grado de fecha 12 de agosto de 1971 dictada por el Juez del Trabajo de Villavicencio, los que quedarán así:

Tercero. Condénase al Banco Cafetero, entidad representada en esta ciudad por el señor Gerente de la Sucursal, señor Omar Aguirre, o por quien haga sus veces, a pagar en favor del señor William Ramírez Pita, la suma de veintitrés mil seiscientos veinte pesos con sesenta y nueve centavos ($ 23.620.69), como indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato que los vinculaba.

Quinto. Condénase al Banco Cafetero en las costas de la primera instancia en un 60%.

NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en la segunda instancia ni en el presente recurso.

Cópiese, 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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMISIONES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre seis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

En el juicio de **Fidel A. Calero Campuzano** contra **Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales" Limitada**, se resuelve el recurso de casación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y uno, dictada por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.**

Antecedentes

Fidel A. Calero Campuzano, mayor de edad vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía número 6368900 expedida en Palmira, (Valle), demandó por medio de apoderado a Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales" Limitada, sociedad domiciliada en Barranquilla y representada por su gerente señor Claudio Fosci C., mayor de edad y vecino de esta última ciudad, a fin de que fuera condenada a pagarle el valor de las comisiones dejadas de reconocer en los meses de mayo, junio y julio de 1970, por ventas y recaudos, liquidadas al uno por ciento (1%), al reajuste de cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización por despido, la indemnización por falta de pago y las costas del juicio.

El apoderado del actor expresó los hechos básicos de las pretensiones, de la siguiente manera:

"1º El señor Fidel A. Calero Campuzano prestó servicios a Grasas y Aceites Vegetales, Gracetales Ltda., desde el 20 de noviembre de 1968 hasta el 31 de julio de 1970, como vendedor en la zona que comprende los Departamentos del Valle, Caldas, Risaralda, Quindío, Cauca y Nariño;

"2º Mi poderdante devengó, además de su salario básico de $ 320.00 mensuales, el medio por ciento (½%) sobre las ventas y recaudos verificados por él en la zona ya indicada, desde la iniciación del contrato de trabajo hasta el 30 de agosto de 1968;

"3º A partir del 1º de septiembre de 1968, la Empresa demandada le aumentó a mi poderdante la comisión sobre las ventas al uno por ciento (1%), y se las estuvo pagando hasta el 30 de abril del presente año, o sea, por espacio de ocho (8) meses;

"4º La demandada obrando de manera inconsulta y en forma unilateral, procedió a rebajar el monto de las comisiones al medio por ciento nuevamente, a partir del mes de mayo del corriente año hasta el mes de julio del corriente año;

"5º En atención a este proceder de la Empresa el señor Calero Campuzano reclamó a éste, por medio de la carta fechada el 16 de junio de este año, en la cual mostró su inconformidad con la rebaja de su salario en un medio por ciento sobre las ventas, reclamo que dio motivo para su despido, según carta de fecha 23 de julio siguiente;

"6º La demandada está adeudando a mi poderdante el valor del medio por ciento que le fue rebajado, correspondiente a los meses de mayo, junio y julio del presente año, como también el uno por ciento (1%), correspondiente a las ventas de mercancía realizadas en el mes de julio por mi mandante, pagadas por los clientes, y que no le fueron liquidadas al despedirlo;

"7º El señor Calero Campuzano, además de las comisiones anteriores, recibió como salario en especie la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) mensuales, valor del arrendamiento de la casa, situada en la esquina de la calle 17 A Sur con la carrera 20 D Sur, prolongación de la Avenida Roosevelt, marcada con el número 20d-6-11, que habitó con su familia en la ciudad de Cali, a don-

de fue trasladado por disposición de la Empresa, como consta en la carta de fecha 13 de octubre de 1969, ya que su contrato de trabajo fue celebrado en la ciudad de Barranquilla;

"8º Igualmente durante todo su período de servicio mi mandante recibió de la Empresa, en concepto de viáticos, el valor de la manutención y el alojamiento, cuando por razón de sus labores de agente vendedor, tenía que salir de su base, tanto en Barranquilla como en Cali.

"9º Por consiguiente, la remuneración total y real que ha debido servir de base para la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones legales, a que tiene derecho mi poderdante, es el salario básico fijo de $ 320.00 mensuales; el promedio de las comisiones sobre las ventas y recaudos efectuados por él durante el último año de servicio, al uno por ciento (1%); la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) mensuales que la empresa ha venido pagando en concepto de arrendamientos de la casa que el demandante habita con su familia, y por último, el valor de los viáticos a que ya se ha hecho referencia".

La demanda no fue contestada en la oportunidad legal, pero en la primera audiencia de trámite, el apoderado de la entidad manifestó: "Contesto los hechos de la demanda así: Al primero: es cierto que el trabajador Calero comenzó a trabajar el 20 de noviembre de 1968 hasta el 31 de julio de 1970 como vendedor. Al segundo: es cierto que comenzó con un sueldo básico de $ 300, más 0.28 por los recaudos y $ 0.02 por descansos obligatorios, más $ 0.54 como sueldos por recaudos sobre ventas de manteca en cartón de una libra, más $ 0.06 por descansos obligatorios, más 0.9% sobre recaudos de ventas de aceites, más una 0.1% sobre los mismos recaudos y por concepto de descansos. Al tercero: a partir del 1º de febrero de 1969 se modificaron estas comisiones como aparece en el contrato de trabajo que estoy presentando como prueba. En cuanto al aumento a que se refiere concretamente este hecho tercero, debo rectificarlo en el sentido de que el 1º de octubre de 1969 el Gerente de la Compañía señor Claudio Fosci, pasó un memorándum a las Secciones de Cobranza y Contabilidad que dice textualmente: Sírvanse tomar atenta nota que por convenio especial las comisiones sobre recaudos provenientes de venta de manteca, efectuadas por el señor Fidel Calero C. en el mes de septiembre pasado le serán liquidadas al uno por ciento (1%). En lo sucesivo seguirá de acuerdo a lo estipulado en su contrato de trabajo". Por consiguiente, quedó bien claro que el aumento de la comisión del medio por ciento (½%) al uno (1%), fue convenido exclusivamente para el mes de septiembre de 1969 y no indefinidamente, como se dice en el hecho tercero. Pero ocurrió que por olvido involuntario o negligencia de los empleados de dichas Secciones, a Calero se le continuaron liquidando comisiones al 1%, hasta que la Auditoría de la empresa advirtió el error e investigó su origen. Cuando todo quedó aclarado, se llamó a Calero para pedirle que devolviera a la Compañía las comisiones que había recibido en exceso a consecuencia del error, y él se negó a devolverlas olvidándose que cuando a fines de septiembre de 1969 se acercó al Gerente para pedirle que por ese mes le liquidara las comisiones al 1% porque le había ido mal en las ventas, el Gerente accedió a su solicitud solamente por ese mes. Al hecho cuarto: no es cierto, por las razones que acabo de explicar. Al hecho quinto: es cierto que Calero presentó el 16 de junio de 1970 un reclamo porque la Compañía, al advertir el error de sus subalternos, comenzó a liquidarle nuevamente las comisiones al ½%, pero en dicha carta omitió deliberadamente confesar que el aumento de comisiones había sido convenido solamente para el mes de septiembre, y en cambio se limitó a manifestar que la modificación se había incorporado a su contrato de trabajo de acuerdo con el C. S. T. Al hecho sexto: no es cierto, por las mismas razones. Al hecho séptimo: me atengo a lo que se pruebe. Al hecho octavo: me atengo a lo que se pruebe. Al hecho noveno: en cuanto al monto de las comisiones, no es cierto, y en cuanto al arrendamiento y la manutención, me atengo a lo que se pruebe. Pido al señor Juez absolver a la Sociedad demandada de los hechos de la demanda".

El Juez Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, en sentencia de doce de julio de mil novecientos setenta y uno, condenó a la sociedad demandada a pagar $ 66.389.44 por reajuste de comisiones, $ 31.355.82 por reajuste de prestaciones, $ 22.769.36 por reajuste de indemnización por despido, y la cantidad de $ 761.18 diarios a partir del 4 de agosto de 1970, por concepto de indemnización moratoria, y se abstuvo de imponer costas. De la providencia mencionada apeló el apoderado de la demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia ya mencionada, confirmó las condenaciones por reajustes de comisiones, de prestaciones y de indemnización por despido, absolvió de la indemnización moratoria y tampoco impuso costas. Contra el fallo de segunda instancia interpusieron recursos de casación ambas partes, les fueron concedidos por el Tribunal y están admitidos por la Corte.

Se estudiará primero el recurso de la parte demandada porque plantea acusaciones sobre los salarios y las prestaciones reclamadas, mientras que el recurso de la parte demandante se refiere a la indemnización por mora que es consecuencial al no pago de los salarios y prestaciones debidos.

El recurso de la entidad demandada

Con él se pretende que la Corte case la sentencia acusada en cuanto condenó a Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales" Limitada a pagar a Fidel A. Calero Campuzano reajustes de comisiones, de prestaciones y de indemnizaciones, y que como Tribunal de instancia revoque las condenaciones que por los mismos conceptos contiene la sentencia de primera instancia, y absuelva a la demandada por tales extremos. Para ello se formulan seis cargos que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Primer cargo

Está presentado así:

"La sentencia acusada viola indirectamente a través de errores de hecho, por aplicación indebida, los artículos 1º, 18, 39, 55, 127, 57 en su obligación 4ª, 249 del Código Sustantivo del Trabajo, 17 del Decreto 2351 de 1965 adoptado por la Ley 48 de 1968, 186 del Código Sustantivo del Trabajo, 14 del Decreto 2351 de 1965 y 8º del Decreto 2351 de 1965 adoptado por la Ley 48 de 1968, errores de hecho que se originaron en apreciación errónea de algunas pruebas y en la falta de apreciación de otra.

"Los errores de hecho consistieron: 1º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la comisión acordada para la venta de manteca de bloque o lata para los meses de mayo, junio y julio de 1970 fue del 1%; y 2º No haber dado por demostrado, estándolo, que la comisión pactada para la venta de manteca de bloque o lata para los meses de mayo, junio y julio de 1970 fue del medio por ciento (½%).

"Las pruebas erróneamente apreciadas son: a) Documento que obra a folio 10 del primer cuaderno; b) Inspección ocular (folios 125 y 126 del mismo cuaderno). La prueba no apreciada es el contrato de trabajo firmado por las partes (folios 8 y 9 del primer cuaderno)".

Después de transcribir los párrafos en que el Tribunal apoya la decisión sobre reajuste de comisiones, advierte que el ad-quem echa de menos la prueba del convenio sobre comisiones al ½ por ciento, porque no apreció la cláusula adicional del contrato de trabajo, donde claramente se estipula dicho porcentaje. Agrega el impugnador que la inspección ocular fue mal apreciada, pues de ella se dedujo un acuerdo entre las partes que no existió, ni se hizo constar por escrito como lo exige la cláusula séptima del contrato de trabajo. Según el censor, el documento del folio 10 fue mal apreciado, pues con él se establece el convenio de comisión al 1% pero solamente en el mes de septiembre de 1969, y el sentenciador entendió que el cambio de porcentaje se aplicaba indefinidamente. También reclama el atacante contra la exigencia del sentenciador sobre prueba de convenio acerca de la limitación del aumento. Finaliza el cargo con la afirmación de que el patrono nada violaba al suspender el pago de co-

misiones en proporción no debida, y que por ello el fallador no solamente quebrantó las normas sobre salario al condenar por tal concepto a sumas no debidas, sino también los preceptos consagratorios de las prestaciones e indemnización por despido, que el fallador hizo reajustar con base en esas condiciones.

El opositor observa que el cargo adolece de fallas técnicas por no atacar todos los soportes de la providencia impugnada, entre los cuales considera incorporado el análisis de los testimonios, hecho por el juzgador de primera instancia, ya que el adquem se refirió a esos apoyos de la sentencia de primer grado. Agrega que al decir la sentencia acusada que no se justificó el error en el pago de las comisiones, está implícitamente apreciando las pruebas aportadas por la demandada, entre ellas los testimonios rendidos, por lo cual el ataque habría tenido que comprenderlos.

El opositor califica de acomodaticia y contraria a la realidad procesal la apreciación que el recurrente presenta de las pruebas, hace hincapié en que el pago de comisión al 1% durante ocho meses es un hecho determinante del aumento de salario y en que la entidad demandada no demostró la limitación del aumento al mes de septiembre de 1969.

Se considera

El opositor tacha el cargo por falta de acusación de la apreciación de los testimonios, hecha en la sentencia de primera instancia, que el censor dice acogida por la sentencia gravada, y que encuentra en la de segunda cuando el fallador afirma que no se justificó el error en los pagos. Estas consideraciones no alcanzan a desvirtuar el planteamiento del cargo, pues las apreciaciones del a-quo sólo sirven para estimar que con la prueba testimonial no se estableció el error en el pago, porque los testigos no conocían el convenio entre el trabajador y el gerente. La motivación de la sentencia es de tipo negativo, o sea, que con los testimonios no se demuestra determinado hecho, lo cual implicaría que se atacara la apreciación sobre los testimonios, si se pretendiera que con las disposiciones se demostraba el mismo hecho, pero que no es necesario atacar y aun puede estarse de acuerdo con dicha apreciación, cuando lo que se sostiene es que con otras pruebas se establece el hecho no reconocido por el sentenciador. No es eficaz el reparo del opositor.

La cláusula firmada el 1º de febrero de 1969 y que fue escrita a continuación del documento en que se hizo constar el contrato de trabajo, folios 8 y 9 del cuaderno primero, demuestra claramente que el salario debido al señor Calero era desde esa fecha, $ 320.00 y 1% sobre aceites y manteca empacada y ½% sobre manteca de bloque o lata. El hecho constatado en la inspección ocular, de que esa remuneración le fue pagada hasta fines de agosto del mismo año, cuando se le cubrieron comisiones del 1% sobre manteca en latas, hasta el mes de abril de 1970, no tiene explicación alguna por pacto en tal sentido, ni fue establecido como un derecho del trabajador, por lo cual no puede admitirse que era obligación del patrono, por no haber demostrado que estaba pagando por error, ya que el no haberse establecido el derecho a ese pago aumentado, indica que no había justificación jurídica para él. Sin embargo, el documento del folio 10 del primer cuaderno, explica por sí mismo el hecho, ya que allí se comprueba que hubo un convenio de liquidar por el mes de septiembre de 1969, las comisiones sobre ventas de manteca en lata al 1%. Si no se admite la limitación de tiempo establecida en ese documento, tampoco se prueba que existió derecho a aumento siquiera en un solo mes y menos permanentemente.

De las pruebas indicadas por el recurrente surge nítidamente el aumento limitado al mes de septiembre y el error de hecho del Tribunal al sostener sin respaldo alguno, que se había modificado permanentemente el salario de Callero Campuzano.

Si la única prueba que existe sobre aumento de salario es el documento del folio 10, es evidentemente erróneo considerar que el aumento de salario era permanente y no temporal como lo explica dicho memorando. Además, el error alegado por la parte demandada resulta claramente de un pago que no obedece a derecho alguno del tra-

bajador, ya que siendo contrario a la estipulación del contrato y al mismo memorando del folio 10, el pago no era justificado.

El Tribunal también comete error al considerar que los ocho meses corrieron desde que se conoció el error, cuando evidentemente lo ocurrido fue que se incurrió en error durante ocho meses y que una vez advertido se enmendó. Porque considerar que el error no conocido justifica el pago equivocado, es perfectamente distinto a que se deje transcurrir un largo tiempo desde que se conoció el error sin corregirlo. Por ello es equivocada la consideración del tiempo, ya que los ocho meses transcurrieron sin que se hubiera descubierto el pago no debido.

Por existir evidente error de hecho e incidir él sobre la violación de las normas indicadas en el cargo, se ha de casar la sentencia en cuanto consideró que el salario había sido aumentado después de septiembre de 1969.

Segundo cargo

Está presentado así:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 39, 55, 127, 140, 57 en su obligación 4ª, 249, y 186 del Código Sustantivo del Trabajo, y 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, a través de errores de hecho, por la falta de apreciación de una prueba y la errónea apreciación de otra.

"Los errores de hecho consistieron: 1º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la Sociedad demandada estaba obligada a pagar comisiones al demandante sobre contratos de venta no realizados. 2º No haber dado por demostrado que de acuerdo con el contrato de trabajo, las comisiones se pagaban por ventas efectuadas a la clientela; y 3º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la demandada se encontraba obligada a informar al demandante sobre el volumen de mercancías disponibles, y que no pagaría comisiones sobre ventas no efectuadas.

La prueba no apreciada es el contrato de trabajo, folios 8 y 9 del cuaderno principal, y la no apreciada es la inspección ocular, folios 125, 126, 129, 130, 131, 132, 133 y 134".

Después de transcribir algunos apartes del fallo impugnado, el censor advierte que la exigencia del ad-quem acerca del aviso que la empresa debía dar sobre la existencia de mercancías y no pago de comisiones sobre pedidos no despachados, es una indebida apreciación del contrato de trabajo, donde están señaladas las obligaciones del patrono sin incluir las que determina el fallo impugnado.

Agrega el recurrente que la inspección ocular fue mal apreciada porque el hecho de que se hayan colocado pedidos y se hayan recibido cheques, no hace deducir la obligación de pagar comisiones sobre pedidos no despachados.

El acusador advierte que no es el caso de falta de trabajo por disposición del patrono, sino que la modalidad del salario hace que éste no se produzca si no se obtiene un resultado previsto, la venta de la mercancía y no su mero pedido.

Termina el impugnador mostrando la incidencia de la violación legal sobre las normas que consagran las prestaciones e indemnización reajustadas.

El opositor sostiene que no era obligación del trabajador producir las mercancías ni despacharlas, sino simplemente se le "encomendó vender sin limitación alguna".

Concluye el opositor que las apreciaciones del Tribunal no fueron desvirtuadas ni señaladas como errores de hecho.

Se considera

El Tribunal estima que el trabajador cumplió sus obligaciones laborales porque colocó unos pedidos, pero el oficio para el que se le contrató fue el de vendedor y no el de mero colocador de pedidos, luego su actividad no se limitaba a que le hicieran pedidos, sino a que la mercancía fuera efectivamente vendida, para lo cual el pedido era un primer paso hacia la venta. El derecho a la comisión resultaba pues de la venta efectiva y no del mero pedido, por lo cual el fallador incurrió en el error evidente de hecho señalado en el cargo, el que el trabajador tuviese derecho a comisión

por colocar pedidos aunque ellos no fueran despachados.

El Tribunal dice que la empresa debía avisar al trabajador la capacidad o volumen de mercancía que tenía disponible. Esta obligación no tiene respaldo probatorio alguno, sino que precisamente resulta evidentemente equivocada la apreciación, si se observa que los documentos a que se refiere la inspección y cuyas copias se encuentran a los folios 101 y 114, contienen la advertencia de que el pedido queda sujeto a la confirmación de la Fábrica vendedora. Es pues erróneo el exigir a la empresa que no se obliga sino por la confirmación del pedido, que previamente a éste diga su volumen o capacidad de despachar. Se incurrió por este aspecto en evidente error de hecho, como lo plantea el recurrente.

El opositor afirma que la consideración sobre el número de pedidos hechos al principio del mes y los firmados al fin del mismo, no fue atacada ni se presentó como error. Esa argumentación no es valedera, pues el sentenciador solamente la presenta como el relato de lo que observó el fallador de primer grado en la inspección ocular, sin deducir de ella consecuencia alguna, por lo que no es soporte del fallo, ni podía serlo, ya que el hecho de que los pedidos tuvieran una u otra fecha, no determina que existiera salario aunque no se efectuara la venta.

El cargo prospera y la sentencia debe casarse en cuanto consideró como debidas las comisiones por pedidos no despachados.

Tercer cargo

Dice el acusador:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 127, 128, 130, 57, obligación 4ª, 186 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 14, 17 y 8º del Decreto 2351 de 1965, a través de errores de hecho provenientes de la errónea apreciación de unas pruebas.

"Los errores de hecho consisten en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la suma de $ 57.491.00 recibidos por el demandante constituyen salario, y en no haber dado por demostrado que esa cantidad fue dada al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones.

"Las pruebas apreciadas son: a) Documentos que obran desde folio 135 hasta folio 169; b) Inspección ocular, folio 170; c) Documento que obra a folio 18".

Sostiene el censor que los comprobantes de pagos o reembolsos se refieren a gastos hechos por Fidel Calero por gasolina, aceite, servicios de agencia, taller, peaje, llantas y arreglos, taxis, pasajes, reparaciones de camioneta, correo y gastos similares, que no pueden considerarse como salarios porque no retribuyen servicio alguno.

Respecto a los cargos tercero a sexto, el opositor dice:

"En cuanto a los cargos tercero a sexto de la demanda, todos de menos trascendencia y alcance que los dos anteriores, me limito a observar que el mismo recurrente no puede menos de admitir que el trabajador demandante, durante el último año de servicios devengó viáticos destinados a alimentación y alojamiento, que constituyen salario, y que deberán tenerse en cuenta para la liquidación del reajuste de prestaciones e indemnizaciones.

"Por lo demás, la eliminación total o parcial de este factor (viáticos), lo mismo que el del salario en especie reconocido por el juzgado, en nada desvirtúa la mala fe de la demandada, tan contumaz como injustificada y ostensible, en negar el pago de las comisiones debidas".

Se considera

Es evidentemente erróneo tomar como salario la suma de $ 57.491.00 que aparecen de comprobantes de pagos hechos por concepto de diferentes gastos y que incluyeron viáticos y comisiones, los primeros sin determinar en la destinación, que hace imposible saber si corresponden a salario, y las segundas naturalmente comprendidas en la liquidación de prestaciones. Los juzgadores de instancia no expusieron razón alguna para tomar como salario esos pagos, sino que simplemente hicieron el cómputo equivocado. De allí que el recurrente tenga razón en atacar esa estimación que envuelve error manifiesto. El cargo prospera y se casará la sentencia en cuanto estimó como salario el valor indicado.

Cuarto cargo

Fue presentado de la siguiente manera:

"Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 127, 128, 129, artículo 57, obligación 4ª, 186, 249 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, a través de error de hecho originado en la apreciación errónea de una prueba.

"El error de hecho consistió en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la Sociedad demandada dio como salario en especie al demandante una habitación por valor de dos mil pesos ($ 2.000.00) mensuales, y en no haber dado por demostrado, estándolo, que esa suma correspondía al pago de un local u oficina para el cumplimiento de sus funciones.

La prueba no apreciada es el documento que obra a folio 18 del cuaderno principal.

Demostración

Del memorando del folio 18 el Tribunal deduce que el patrono pagó al trabajador demandante el valor de su vivienda. Sin embargo, este documento expresa todo lo contrario, porque lo que allí se dice es que "El arriendo del local que tiene un canon de dos mil pesos ($ 2.000.00), lo mismo que un ayudante que prestara los servicios en la bodega y en la camioneta correrán por cuenta de la Compañía". Un local es una oficina donde se desempeña una actividad comercial o industrial, de acuerdo con el sentido usual de la palabra; precisamente se utiliza por contraposición al concepto de vivienda, de habitación. De modo que si el patrono asumió su pago, debe entenderse como un gasto de la empresa. Otra cosa es que el demandante lo haya utilizado como habitación, aprovechando una ventaja no pactada; pero esta circunstancia de ninguna manera puede tomarse como que fuera intención de las partes que el trabajador recibiera un salario en especie. Incurrió, por lo tanto el fallador de segunda instancia al interpretar erróneamente esta prueba, en el error evidente de hecho de considerar que el trabajador recibió un salario en especie consistente en su habitación, siendo que la suma pagada correspondía a las oficinas de la Empresa; violó en consecuencia los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que condujo a la de las normas sustanciales al incluir la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000) anuales como factor de salario para liquidar la cesantía, vacaciones e indemnización por despido injusto".

Se considera

El Tribunal apreció que el documento del folio 18 demuestra la estipulación de salario en especie, pero tal documento solamente autoriza un gasto de arrendamiento de local por valor de $ 2.000.00 mensuales. Según el común entendimiento el local sirve para despacho de los negocios y no para habitacion, luego lo autorizado era un medio de prestar el servicio, no una remuneración en especie, y el Tribunal incurrió en palmaria equivocación al considerar que se había autorizado un salario en especie, cuando lo permitido fue un gasto para prestar mejor el servicio. Este fundamento del fallo no puede mantenerse porque el error de hecho indicado hace que se hayan violado las normas sobre salario y consecuencialmente las que consagran las prestaciones y la indemnización reajustadas en razón de mayor remuneración.

Quinto cargo

Está formulado así:

"Interpretación errónea de los artículos 22, 23, 55, 56, 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, que condujo a la aplicación indebida de los artículos 127, 128, 129, 186, 249 del mismo Código, y 8º 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965.

"Demostración

"Como soporte de su decisión de incluir como factor salarial el valor del local en que prestaba sus servicios el demandante, dijo también el Tribunal: "Para el cumplimiento de las obligaciones del trabajador, de acuerdo con las condiciones de trabajo, el salario en especie o mixto, está previsto,

desde luego que el empleado tiene que atender sus obligaciones, además de su subsistencia, gastos personales, también aquéllos a que le obliga la ley, como son los de su familia, sobre todo cuando tiene que trasladarse de un lugar a otro distinto, fuera de la base o sitio donde debía prestar o estar radicado el trabajador, de manera que incide sobre el salario la vivienda del trabajador y tan cierto es esto, que cuando el empleado tiene que trasladarse a un lugar diferente al centro de sus operaciones en procura de cumplir las funciones a su cargo, de agente vendedor, el patrono está obligado a pagar el alojamiento".

"En el largo y confuso párrafo transcrito, el ad-quem encuentra establecida una obligación para el patrono, la de darle alojamiento al trabajador cuando éste es un agente vendedor. Interpretó en esta forma erróneamente las diposiciones acusadas, porque ellas son las únicas que establecen obligaciones para el patrono, positivas y negativas, y en ninguno de sus ordenamientos se encuentra la obligación a que se refiere enfáticamente el juzgador de segunda instancia.

Dicha interpretación errónea lo condujo a violar los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar como en especie lo que el patrono pagó como arrendamiento de un local u oficina, y las normas sustanciales a que me he referido en la enunciación del cargo, al liquidar las prestaciones e indemnizaciones con un factor salarial que no es tal".

Se considera

Cuando el Tribunal afirma que el patrono debe pagar el alojamiento del trabajador que como agente viajero tiene que trasladarse a un lugar distinto del centro de sus operaciones en procura de cumplir las funciones del cargo, hace una interpretación equivocada del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que en la regla 8ª se refiere a los gastos de traslado del trabajador y su familia, pero que no trata de alojamiento ni comprende los casos de cumplimiento de funciones, sino el traslado para prestar sus servicios, o sea, el caso de contrato en lugar distinto del en que debe trabajar.

Esa interpretación errónea de la norma hace que tal fundamento del fallo sea inaceptable y que deba casarse la sentencia en cuanto considera en el presente caso, obligación del patrono el suministrar alojamiento al trabajador.

Sexto cargo

Dice el recurrente:

"Infracción directa del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencial aplicación indebida de los artículos 127, 129, 186, 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adaptado por la Ley 48 de 1968.

Demostración

Como otro soporte de su decisión de incluir el valor del arrendamiento como factor salarial, dijo el ad-quem: "Y si no se pactó ese salario en especial (sic) para la vivienda, y está demostrado que el demandante prestó sus servicios en la forma como se hizo y que vivía con su familia en el mismo sitio donde funcionaba la Agencia de la Empresa, hay que convenir que, como antes se dijo, contribuía la Empresa con el salario en especie para el desempeño de las funciones del cargo del demandante.

"El Tribunal acepta y da como cierto que lo pagado por el patrono como arrendamiento por el local en donde funcionaban las oficinas de la Empresa, tenía como finalidad el desempeño de las funciones del cargo del demandante. Sin embargo, se rebela contra lo expresamente dispuesto por el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que claramente dice que no constituye salario lo que el trabajador recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones.

Esta rebeldía del sentenciador lo llevó a considerar como salario en especie lo que no era tal por expresa disposición de la norma contra la cual se rebeló, violando así por aplicación indebida los artículos 127 y 129, y consecuencialmente las sustanciales sobre cesantía y vacaciones e indemnización por despido injusto, al tomar como base salarial, entre otras, el valor del arriendo de un local".

Se considera

Cuando el Tribunal estima como salario el suministro de habitación "para el desempeño de las funciones del cargo del demandante", está ignorando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo o rebelándose contra la norma, porque ese precepto dispone que no es salario lo que el trabajador reciba "para desempeñar a cabalidad sus funciones". Este desconocimiento o rebeldía constituyen dentro de la casación laboral, infracción directa de la norma, por lo cual ha de casarse también el fallo recurrido en cuanto considera que constituyó salario el que el trabajador viviera en casa arrendada por el valor del local que la empresa autorizó para el funcionamiento de la agencia.

Consideraciones de instancia

El demandante Fidel A. Calero Campuzano tenía derecho según el contrato de trabajo, a un porcentaje sobre los recaudos de las ventas de manteca en latas, del ½% a partir de febrero de 1969. Según el documento del folio 10, se convino en pagarle por el mes de septiembre de 1969, esa comisión doblada, o sea, al 1%, hecho que confirma el testigo Carlos Castillo por habérselo comunicado el Jefe de Crédito y Cobranzas. Ese mejor porcentaje le fue aplicado a los recaudos de los meses siguientes, hasta el de abril de 1970, como aparece de la inspección ocular, pero ese hecho no corresponde a derecho alguno, ya que no se estableció judicialmente que se hubiera acordado un aumento del salario, por lo cual esos pagos obedecen a error, como lo sostiene la parte demandada. La pretensión del señor Calero sobre las comisiones de mayo, junio y julio de 1970, no tiene asidero legal, ya que la obligación del patrono según el numeral 4º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, es la de pagar el salario pactado, y en el caso presente se pagó en los meses a que se contrae la reclamación, el salario pactado según constata en la prueba del contrato de trabajo y como se demostró en la inspección ocular. Debe por lo tanto negarse la petición A) del libelo inicial.

En la primera audiencia de trámite se presentaron varias copias de recibos provisionales de pago y algunas de pedidos, relativas todas al mes de julio de 1970. En la inspección ocular se comprobó que no todos los pedidos habían sido despachados y que los cheques correspondientes habían sido devueltos. En los formularios de pedido se advierte claramente que él queda sujeto a la confirmación de la Fábrica vendedora, y el recibo expedido no era definitivo, por lo cual no puede considerarse que los negocios a que se referían esos documentos estaban realizados, sino que se encontraban en vía de perfeccionamiento. La comisión por ventas de que trata el contrato de trabajo de folios 8 y 9 del primer cuaderno, no puede entenderse sino sobre la negociación efectiva, ya que la cláusula se refiere a recaudos por ventas, mas no a las cantidades recibidas provisionalmente sobre pedidos no confirmados. Por ello no puede tener derecho al señor Calero a cosa distinta de la pactada, o sea, a la comisión sobre recaudos por ventas realizadas. No puede, en consecuencia accederse a la petición contenida en el literal B) del libelo.

La carta del folio 18 del primer cuaderno, autoriza para un arriendo de local por valor de $ 2.000.00 mensuales, y para conseguir un ayudante, todo por cuenta de la empresa. Ese documento se refiere indudablemente a los gastos de la agencia que como ordinarios reconocía la empresa, pero no puede entenderse que con el arrendamiento de un local se constituye un salario en especie como habitación del trabajador. No aparece que se haya pactado el suministro de habitación como salario en especie, sino que el trabajador usaba para vivir, el local que la empresa autorizó arrendar para que funcionara la agencia. No está demostrado el carácter de salario que el demandante atribuye al pago del arrendamiento, por lo cual no podrá tomarse ese valor como componente de la retribución.

Es verdad que la presentación en la inspección ocular, de varios documentos, sirvió para establecer que el trabajador recibió algunas cantidades por concepto de viáticos, pero no se demostró que ellos estuvieran destinados a manutención y alojamiento y no a transporte y gastos de re-

presentación, por lo cual no se determinó el carácter que pudieran tener de salario. Además, tampoco se demostró que su valor hubiera sido omitido para el cómputo del promedio que sirvió de base para la liquidación de prestaciones e indemnización, como lo afirma el demandante, por lo cual no es posible reajustar la liquidación con el valor de los viáticos pagados.

Las peticiones C) y B) de la demanda se refieren al reajuste de prestaciones y de indemnización por despido de acuerdo con el salario aumentado en razón de los factores que se han analizado y encontrado improcedentes. Por tal motivo no es posible acceder a los mencionados reajustes, y deben revocarse las disposiciones de la sentencia apelada que condenó en razón de las peticiones A), B), C) y D) del libelo, para absolver por tales extremos.

Recurso de la parte demandante

Con él se persigue que se case el fallo acusado en cuanto absolvió por la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Como en razón del recurso de la parte demandada se ha llegado a la absolución por los salarios y reajustes de prestaciones pedidos, no es procedente la indemnización por falta de pago, ya que no existiendo las obligaciones que se pretenden no solucionadas oportunamente, no puede haber mora por el no pago de las mismas.

Carece por tanto, de base el recurso de la parte demandante.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio de Fidel A. Calero Campuzano contra Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales" Limitada, en cuanto por dicha providencia se condenó al pago de reajuste de comisiones, prestaciones e indemnización por despido, en sede de instancia, REVOCA el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de doce de julio de mil novecientos setenta y uno, dictada en el mismo juicio por el Juez Primero Laboral del Circuito de dicha ciudad, y en su lugar ABSUELVE a la entidad Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales" Limitada, de las peticiones sobre comisiones y sobre reajustes de prestaciones y de indemnización por despido. NO CASA en lo restante la sentencia de segunda instancia.

Costas a cargo del demandante recurrente en cuanto a su demanda que no prosperó. Sin costas del demandado recurrente.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SECUESTRE DE LOS BIENES RELICTOS E INDEMNIZACION MORATORIA

Si la señora Navarro Alea obraba como administradora de los bienes relictos en su calidad de Secuestre entonces de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el 32 del C. S. T., también obligaba con sus actos al patrono de Silva Angulo, en este caso los herederos de Mora Moreno. Visto lo anterior no puede concluirse que en este proceso la señora Candelaria Navarro actuó como un tercero, pues, además de tener la representación de los incapaces era administradora de sus bienes, y por tanto ha de aceptarse que sus actos sí perjudicaban o beneficiaban a los menores por ella representados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre diez (10) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Porfirio Silva Angulo, por medio de apoderado, demandó a la Sucesión de Angel María Mora Moreno, representada por las menores Amparo Clemencia, Ricardo Antonio, Beatriz y Carlos Arturo Mora Navarro, hijos naturales de aquél y a su vez representados por su "madre natural" Candelaria Navarro A. para que "con su audiencia sea condenada la sucesión a pagarle":

1. El valor de la cesantía por el tiempo de servicios, 16 de febrero de 1964 a 15 de diciembre de 1966, liquidada sobre un sueldo de $ 2.000.00.

2. La indemnización a que tiene derecho por cuanto su contrato de trabajo era a término indefinido y se le despidió sin justa causa.

3. Las vacaciones de los últimos diez meses de trabajo.

4. La prima de servicios correspondiente a los cinco meses y quince días que trabajó en el segundo semestre.

5. El saldo de las vacaciones que le adeudaban en el período comprendido entre el 16 de febrero de 1964 y el 15 del mismo mes de 1966. por cuyo concepto sólo recibió $ 2.200.00.

6. El valor de los últimos 5 días de trabajo, del 11 al 15 de diciembre inclusive de 1966.

7. La indemnización moratoria desde el 15 de diciembre de 1966 hasta cuando se verifique el pago total de lo que le adeuda la sucesión, y

8. Las costas del juicio.

El apoderado de Silva sustentó las anteriores pretensiones en los siguientes hechos:

"a) Porfirio Silva trabajó como empleado de Angel María Mora Moreno, desde el día 16 de febrero de 1964 hasta el día 15 de diciembre de 1966, en que fue despedido sin justa causa".

"b) Mi mandante tenía contrato de duración indeterminada y su último sueldo fue de dos mil pesos ($ 2.000.00)".

"c) El señor Mora falleció y lo representan sus hijos naturales que tienen por representante legal a su señora madre, Candelaria Navarro Alea".

"d) Al ser despedido le hicieron una liquidación por concepto de prestaciones sociales, indemnizaciones y salarios adeudados pero a pesar de los repetidos cobros no se le ha cancelado nada".

"e) A mi mandante se le adeuda cesantía, vacaciones de los últimos diez meses, la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1966 o sea la proporcio-

nal a cinco meses quince días trabajados. Igualmente se le adeuda un reajuste de vacaciones correspondientes a febrero 16 de 1964 y febrero 15 de 1966".

"f) También se le adeuda el sueldo correspondiente del 11 al 15 de diciembre de 1966, lo mismo que el valor de las indemnizaciones por haber sido despedido, sin justa causa".

"g) Como no se le han cancelado sueldos y prestaciones sociales a pesar de los referidos cobros mi mandante tiene derecho a que se le paguen salarios caídos".

"h) El señor Silva me otorgó poder para representarlo".

Citó como disposiciones aplicables los artículos 65, 249, y concordantes del C. S. T. y los Decretos 2351 de 1965 y 2358 de 1948.

Conoció del pleito el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá y en tiempo se contestó la demanda. En la respuesta se aceptan como ciertos los hechos de que tratan los literales a), b), c) y h) y se negaron los demás aduciéndose como razón que al actor se le pagaron las prestaciones, salarios, vacaciones e indemnización por despido injusto que reclama.

El apoderado de la representante de los menores excepcionó pago, cobro de lo no debido y prescripción.

Tramitado el negocio, el Juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia de fecha 16 de septiembre de 1970, en la que dispuso:

"Artículo 1º Condénase a la Sucesión del señor Angel María Mora Moreno, debidamente representada, a pagar en favor de su ex-trabajador Porfirio Silva Angulo, las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos:

a) Cesantía ... ...$	5.666.67
b) Indemnización por despido	4.833.33
c) Vacaciones	833.33
d) Prima de servicios	916.65
e) Saldo de vacaciones	266.64
f) Salarios insolutos	333.33

g) Indemnización moratoria, la suma de $ 66.66 diarios, a partir del día 16 de diciembre de 1966, hasta cuando se cancelen las prestaciones antes mencionadas.

"Artículo 2º Declárense no probadas las excepciones propuestas.

"Artículo 3º Costas a cargo de la parte demandada".

Apeló la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resolvió la alzada en fallo de 6 de octubre de 1971, confirmando lo resuelto por el a-quo, e imponiendo costas al apelante.

El apoderado de la Sucesión interpuso recurso de casación contra la providencia del Tribunal; le fue concedido y posteriormente la Corte lo admitió.

El recurso

Pretende el acusador la casación parcial de la sentencia de segunda instancia, en cuanto confirmó la proferida por el a-quo en punto a "salarios caídos", para que en su lugar, como ad-quem, revoque esta condena y absuelva a la sucesión de la petición correspondiente, proveyendo sobre costas según es de rigor.

Manifiesta que la sucesión de Angel María Mora Moreno no aspira a una anulación de mayor alcance "en razón de que el espaldarazo que le impartió el ad-quem a las restantes condenas que fulminó el a-quo si bien no totalmente, se apoya en algunos de los testimonios recibidos en el plenario, lo que lo tornó inatacable, en esos aspectos, en este recurso, conforme a la preceptiva del artículo 7º de la Ley 16 de 1969".

Se formuló escrito de oposición.

El recurrente, con invocación del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, propone dos cargos que se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Lo enuncia así el recurrente:

"Acuso la sentencia impugnada de haber infringido directamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 63, 1155, 1515, 2273, 2276, 2279, y 2336 del Código Civil y 296, 900, 901 y 903 del Código Judicial (Ley 105 de 1931)".

Dice el impugnador que el fallo asienta los siguientes hechos, a los que se atiene:

a) Que la parte demandada la constituyen, en verdad, los herederos de Angel María Mora Moreno, ésto es, sus menores hijos naturales Amparo Clemencia, Ricardo Antonio, Beatriz y Carlos Arturo Mora Navarro.

b) Que dichos herederos están representados en el sub-lite por su madre natural, Candelaria Navarro; y

c) Que en el sucesorio de Angel María Mora Moreno actúa como Secuestre Candelaria Navarro.

Manifiesta el recurrente que para los efectos de la aplicación que se hace en la sentencia del artículo 65 C. S. T., el fallador examina la conducta de Candelaria Navarro como Secuestre de la Sucesión de Angel María Mora Moreno —ya que, inclusive, como no podía ser menos, el interrogatorio libre a que fue sometida en el subjudice, se refiere inequívocamente a esa conducta—, la encuentra dolosa o de mala fe, y, cosa sobremanera extraña, la reputa conducta de los propios herederos, es decir del causante o patrono. No huelga advertir, agrega, que tal reputación es punto de derecho que no cuestión fáctica.

Expresa, en seguida, que la conducta del Secuestre, quien obviamente no representa a los herederos en el sucesorio, no es conducta de éstos. Por manera que, supuesto que esa conducta fuera dolosa o de mala fe —lo que no se controvierte para los propósitos del cargo—, ella no puede serles imputable ni, a su través, al de cujus o patrono.

Termina el impugnador manifestando:

"Ahora bien: como el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sólo sanciona al patrono —o a sus herederos— por su conducta maliciosa o dolosamente renuente, que no por una conducta semejante de terceros, síguese que el ad-quem lo aplicó a una situación no regulada por él y, por tanto, de modo manifiestamente indebido".

El opositor expone que en el cargo no se indica si "la violación de las normas relacionadas a continuación del artículo 65 del C. S. del Trabajo fueron infringidas en forma directa o por aplicación indebida", circunstancia que en su concepto hace inocua la acusación, la que además, es incompleta porque no se citan en el ataque normas sustanciales que tienen que ver con él como el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965 y los textos 2274, 2279 y 2158 del C. C.

A continuación, el opositor con base en el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, que transcribe, manifiesta que por haber modificado el 32 del C. S. T., el Secuestre de la Sucesión demandada, tenía facultad para representar al de cujus, máxime si se tiene en cuenta que obraba no solamente en esa calidad, sino como representante legal de los menores.

Transcribe un auto del Tribunal Superior de Bogotá y la opinión de un tratadista colombiano sobre facultades y deberes del Secuestre, para afirmar que a la luz de la jurisprudencia y la doctrina queda evidenciado que la Secuestre Candelaria Navarro, como mandataria y administradora de la Sucesión de Mora Moreno ajecutó actos que "forzosamente deben reputarse en nombre y representación de los menores demandados; representó al de cujus y la conducta por ella manifestada frente a las prestaciones sociales demandadas por mi poderdante, especialmente en su falta de solución y pago, ha de reputarse conducta del de cujus o patrono y a términos de la sentencia acusada de '...mala fe en la conducta de la demandada'..."

Afirma el opositor que en el orden de ideas expuesto, la tesis de que el Secuestre es un tercero; no pasa de ser un sofisma hábilmente planteado.

Se considera

El fundamento de este cargo, formulado por la vía directa, en el concepto de aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reposa en la calificación de tercero que da el recurrente al Secuestre de los bienes relictos, a la afirmación que hace de que, en consecuencia, los actos de aquél no perjudican a los herederos, porque el texto citado consagra únicamente la indemnización moratoria por conducta maliciosa del patrono o de sus herederos cuando no pagan las prestaciones y salarios adeudados por el de cujus

al trabajador que le ha prestado sus servicios.

Debe precisarse, entonces, si en el caso que se estudia, la señora Candelaria Navarro, como Secuestre de los bienes de la Sucesión de Angel María Mora Moreno, actuó como un simple tercero y si los actos u omisiones de la misma no podían reputarse como de los herederos de la sucesión.

El censor no controvierte el hecho de que Candelaria Navarro, además de Secuestre de los bienes relictos es la madre natural de los menores Amparo Clemencia, Ricardo Antonio, Beatriz y Carlos Arturo Mora Navarro.

Como madre natural de los herederos del de cujus, fue citada al juicio, por tener su representación y también intervino en el sucesorio de Mora Moreno como secuestre de bienes y administradora de los mismos.

Al juicio laboral iniciado por Porfirio Silva Angulo no comparece la Navarro como Secuestre de los bienes de la sucesión, sino en el carácter de representante legal de los menores. Cosa distinta es que en el curso de la litis se haya probado que aquélla tuviera el carácter de Secuestre de los bienes sucesorales.

Esta doble condición en que actuaba la señora Candelaria Navarro, no es posible, en este caso, dividirla, para sostener que como secuestre, sus actos y omisiones no beneficiaban ni perjudicaban a los herederos de Mora Moreno y olvidar la forma como aquélla compareció al juicio.

Su gestión como secuestre en el citado juicio de sucesión, se reflejaba en las relaciones que tenía Silva con los menores, pues tampoco es posible olvidar que fallecido Mora Moreno aquél siguió prestando sus servicios a los menores representantes de la herencia hasta el 16 de diciembre de 1966.

Como el contrato de trabajo que vinculaba a Silva con Mora Moreno, no terminó por la muerte de éste es claro que al ser despedido el actor meses después, los herederos de aquél debían pagar las acreencias laborales que se le adeudaban, en forma oportuna, para evitarse así la indemnización moratoria consagrada en la ley.

Pero como los herederos eran incapaces, tal como lo acepta el recurrente, el pago debía hacerse por quien legalmente los representaba, o sea por Candelaria Navarro, en la que se reunían dos calidades: madre natural de los menores y secuestre de bienes de la sucesión, con administración de los mismos, ya que al tenor de su propia confesión, pagaba los salarios y prestaciones de los trabajadores de la Empresa de transportes, que en virtud de la muerte del causante pasó a ser de propiedad de sus menores hijos.

Si la señora Navarro Alea obraba como administradora de los bienes relictos en su calidad de Secuestre entonces de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el 32 del C. S. T., también obligaba con sus actos al patrono de Silva Angulo, en este caso los herederos de Mora Moreno.

Visto lo anterior no puede concluirse que en este proceso la señora Candelaria Navarro actuó como un tercero pues además de tener la representación de los incapaces era administradora de sus bienes, y por tanto ha de aceptarse que sus actos sí perjudicaban o beneficiaban a los menores por ella representados.

No existió, en consecuencia, aplicación indebida del artículo 65 del C. S. T. por el concepto estudiado y el cargo en consecuencia no prospera.

Segundo cargo

Fue enunciado así por el recurrente:

"Acuso la providencia recurrida de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia del error evidente de hecho en que incurrió cuando dio por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada procedió de mala fe al dejar de pagar al demandante las prestaciones sociales que éste le reclamó en el sub-lite".

La infracción del precepto 65, dice el impugnador, se cometió en relación con los artículos 63, 1155, 1515, 2273, 2276, 2279 y 2336 del Código Civil y 296, 900, 901 y 903 del Código Judicial (Ley 105 de 1931); y este error evidente es el producto de la apreciación errónea del interrogatorio libre a que fue sometida Candelaria Navarro (Fls. 59 y 60) de la contestación de la demanda inicial del litigio (folio 25), del documen-

to de folios 4 y 62 del documento de folio 83, del dictamen pericial de folios 107 y 108, con sus anexos, especialmente el comprobante de contabilidad de folio 124, relacionado con el temario presentado por la parte demandada.

Es que el ad-quem, continúa el recurrente, apoya su decisión de condena por concepto de "salarios caídos" exclusivamente en el siguiente pasaje de su fallo:

"Pero la anterior confesión —la de Candelaria Navarro en el interrogatorio libre a que fue sometida— tiene mayores repercusiones porque es bastante, ella sola, para acreditar la mala fe en la conducta de la demandada que al propio tiempo ha afirmado el pago total, en la respuesta al libelo, la ausencia de conocimiento y el pago parcial. Es inconcebible que un Secuestre, depositario y a la vez auxiliar de la justicia, no sepa a ciencia cierta si dentro de los egresos imputables a su gestión se realizó o no uno por más de doce mil pesos; que sus cuentas "detalladas" no le sirvan para aclarar la duda; y que ante la demanda del acreedor trate de defenderse con versiones contradictorias y tampoco se ve la razón para abstenerse de pagar, en el peor de los casos, la diferencia entre la suma reconocida y la pagada según el informe de su empleado".

De este pasaje se desprende, sin mayor esfuerzo, dice el acusador, que fueron las contradicciones que el Tribunal dijo haber encontrado en la conducta de la parte demandada las que estimó sancionables con la condena a indemnización moratoria.

Afirma en seguida el recurrente que no existen tales contradicciones porque desde la contestación del libelo originario del pleito, la demandada sostuvo que nada debía al actor, con fundamento en el documento del folio 62,que es además de una liquidación de sus prestaciones un comprobante de haber recibido la suma que aquélla arrojó, complementada la demostración de tal hecho con el contenido de los documentos de folios 83 y 124, ratificados a su vez por la verificación que hizo el perito (Fls. 107 y 108) del punto que la demandada sometió a su consideración.

En seguida manifiesta el recurrente que el hecho de que el comprobante del folio 62 no se hubiese llevado a asiento de contabilidad, en la época en que se produjo, se debió, probablemente, a los trastornos que ocasionó la muerte de Angel M. Mora, pero que ésto "no empecía a la validez de su contabilización posterior, que no pudo ser ad-hoc desde luego que ocurrió en fecha muy anterior a la constitución de la relación jurídico-procesal entre Porfirio Silva Angulo y los herederos de aquel señor".

Otra cosa muy distinta, manifiesta, son las contradicciones en que, según el sentenciador de segunda instancia, incurrió Candelaria Navarro al responder al interrogatorio libre a que se la sometió. Porque, aunque se la hizo comparecer en su condición de representante legal de los menores hijos naturales suyos, tanto las preguntas que en la diligencia se formularon como las respuestas que ella les dio, versan con exclusividad, sobre su actuación como Secuestre en el sucesorio de Mora Moreno, y con esa calidad de Secuestre, aunque hubiese incurrido en las contradicciones que se le imputan, "no podía obligar a los herederos de que se trata".

Finaliza el impugnador el cargo manifestando:

"Pero es que, en últimas, las contradicciones en cuestión no existen: si Candelaria Navarro estaba en la cárcel en el momento en que se realizó el retiro del demandante e inmediatamente después, mal pudo haber visto que le hubieran pagado; si Charles Danna le informó, estando detenida, que al actor le había dado $ 5.000.00 en efectivo, ello no quiere decir que no le hubieran cancelado el resto en otra forma; y cuando, al ser preguntada acerca de si hay en la empresa "un recibo de pago por concepto de la suma a que se refiere el documento de folio 4", responde que no, de esa respuesta, que es axacta, no se sigue que no exista dicho recibo de pago, como que el documento de folio 4 lo es sin duda".

El opositor expresa que este ataque adolece de las mismas fallas anotadas al primero, y además afirma que el Tribunal no

se fundamentó para condenar al pago de indemnización moratoria en el solo pasaje copiado por el recurrente sino en otras razones que explica el ad-quem en otra parte de la sentencia que transcribe el replicante.

Se considera

El error de hecho que el recurrente imputa en este ataque al Tribunal, es haber dado por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada procedió de mala fe al dejar de pagar al demandante las prestaciones sociales que éste le reclamó en el sub-lite, y según el censor este error evidente es el producto de la apreciación errónea del interrogatorio libre a que fue sometida Candelaria Navarro (Fls. 59 a 60), de la contestación a la demanda inicial del litigio (Fls. 25), del documento de folios 4 y 62, del escrito de folio 83, del dictamen pericial (Fls. 107 a 108), con sus anexos, especialmente el comprobante de contabilidad de folio 124.

Encuentra la Corte que de las pruebas reseñadas, sólo algunas tienen la calidad exigida por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, para que por su equivocada estimación se produzca el error de hecho en la casación laboral. Ellas son el interrogatorio libre a que fue sometida la representante de los menores, que tiene el carácter de confesión, la contestación del libelo, en cuanto contenga también aceptación de hechos que perjudiquen al demandado, y los documentos de folios 4 y 62, que son auténticos.

El escrito de folio 83 es apenas constancia de persona extraña al juicio, no reconocida en él y su valor, si alguno tiene, sería el de testimonio. El dictamen pericial y sus anexos, no son elementos probatorios que puedan producir por sí solos error de hecho en la casación del trabajo y solamente pueden ser examinados, según lo ha dicho la Corte, en caso de que se establezca que la prueba calificada, es decir la confesión judicial, el documento auténtico o la inspección ocular haya sido mal apreciada por el fallador o no estimada por éste.

Se examinarán en consecuencia y en primer término las pruebas del grupo inicial para establecer, si como lo dice el recurrente, fueron estimadas con error por el Tribunal.

La diligencia de interrogatorio libre a que fue sometida Candelaria Navarro el 25 de agosto de 1970, contiene manifestaciones de esta señora sobre que no vio que le hubieran pagado a Porfirio Silva sus prestaciones porque estaba detenida en la cárcel; que le informó Charles Danna, Revisor de la Empresa de Transportes Angel M. Mora que le habían dado al actor $ 5.000.00 en efectivo y que no existía en la Empresa comprobante de pago por la suma de $ 12.391.64, valor de las acreencias laborales de Silva, a que se refiere el documento del folio 4 que se le puso de presente.

En la contestación del libelo se acepta el tiempo servido por Silva, que fue despedido sin justa causa, que tenía celebrado contrato de trabajo de duración indeterminada, que el señor Mora Moreno falleció y lo representan sus hijos naturales cuyo representante legal es Candelaria Navarro Alea pero que no se le adeuda suma alguna por los salarios, prestaciones e indemnizaciones pedidos pues las acreencias por estos conceptos le fueron canceladas en su totalidad.

Los documentos de folios 4 y 62, contienen la "liquidación del contrato de trabajo" del actor y en ellos se detallan las fechas de iniciación y terminación del vínculo, la causa de ésta, el tiempo servido y el salario devengado y luego la liquidación de las deudas laborales a cargo de Transportes Angel M. Mora con la declaración de que fueron recibidas a entera satisfacción por Silva.

Las pruebas descritas, especialmente la contestación del libelo y los documentos de folios 4 y 62, sirvieron al demandado para fijar su posición en el juicio, al tratar de demostrar con ellas el pago de las acreencias laborales que debía al actor, pero ese pago fue precisamente lo que se controvirtió en las instancias, concluyendo los juzgadores a través del análisis de otros medios probatorios que no se había efectuado.

El objeto del remedio extraordinario en el cargo que se estudia no es el demostrar que el demandante hubiera pagado las prestaciones, salarios e indemnizaciones que correspondían a Silva Angulo al tenor de los

documentos que contienen su liquidación. Lo que el recurrente sostiene es que no existió contradicción alguna en la conducta de la parte demandada, por haber sostenido que las deudas laborales del actor ya le habían sido canceladas. Sin embargo, en este punto acude el censor para demostrar su conducta plausible, al mismo documento sobre el que se pronunciaron el Juez y el Tribunal para decir que él no demostraba la cancelación de lo adeudado a Silva y a la contestación del libelo inicial en que se propuso la excepción de pago, que tampoco prosperó.

Con estas pruebas, como antes se dijo, planteó la parte demandada su defensa en el juicio, pero ellas no demuestran la razón atendible que es la que exonera al patrono de la indemnización moratoria. La buena fe eximente de tal indemnización ocurre precisamente cuando el demandado alega razón de aquella naturaleza para no haber solucionado las deudas laborales a su cargo, pero no puede admitirse que exista esa situación de buena fe, cuando lo que se alega es el pago, que implica el reconocimiento de haber sido deudor de prestaciones o salarios.

No puede confundirse la posición procesal del demandado en juicio con la razón atendible que exige el artículo 65 C. S. T., conforme lo ha dicho la jurisprudencia, para que se exima al deudor de la indemnización moratoria.

El censor dice que no existieron contradicciones en el interrogatorio libre a que fue sometida Candelaria Navarro. Con ella solamente se establecería que la conducta en el juicio de la obligada a pagar por cuenta de los menores, hijos naturales suyos y del causante fue correcta. Sin embargo la indemnización moratoria en el presente caso, no depende de aquellas contradicciones, ni de la falta de ellas alegada por el recurrente, sino de la conducta inicial del demandado sobre excepción de pago no demostrada, que no permite tener como atendible aquella posición.

El error de hecho, con la calidad de evidente, respecto a las pruebas analizadas no se demostró y en consecuencia la Corte no puede estudiar las no calificadas.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 6 de octubre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Porfirio Silva Angulo contra la Sucesión de Angel María Mora Moreno.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, 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.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

"...el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

El señor Jorge Arturo Ramírez, por medio de apoderado presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Caja Nacional de Previsión, con la finalidad de obtener el pago de: Cesantía, Prima de Navidad, Lúcro cesante e Indemnización por no pago.

Como hechos expuso el apoderado del actor los siguientes:

"1º Mi poderdante prestó sus servicios a la Nación, como trabajador del Ministerio de Obras Públicas, mediante contrato verbal de trabajo.

"2º Mi poderdante prestó sus servicios desde el 1º de febrero de 1962 hasta el 20 de mayo de 1966, en que fue despedido, según los términos de la Resolución número 266 de 14 de mayo de 1966.

"3º Mi poderdante devengaba al momento de su despido un salario de $ 28.00 diarios.

"4º Mi poderdante no ha recibido el pago de su cesantía, de su prima de navidad, ni menos aún la indemnización por su despido, dentro del término legal de 90 días.

"5º Mi poderdante mediante el suscrito apoderado presentó demanda gubernativa de fecha 21 de mayo de 1968, sin haber obtenido respuesta alguna y habiendo así agotado la vía gubernativa".

En representación de la Nación respondió la demanda el Procurador del Distrito Judicial de Bogotá, y guardaron silencio el Ministro de Obras Públicas y el Gerente de la Caja Nacional de Previsión Social.

El Procurador se opuso a lo sustancial de la acción, negó los hechos por no tener conocimiento de ellos y manifestó que se atendría a lo que fuere demostrado en el proceso.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá que fue el del conocimiento resolvió la litis en primera instancia con fallo de fecha treinta de junio de mil novecientos setenta y uno por el que resolvió lo siguiente:

"Primero. Condénase a La Nación - Ministerio de Obras Públicas representada por el señor Procurador de este Distrito Judicial, a pagar a favor de Jorge Arturo Ramírez, mayor de edad, de esta vecindad e identificado con la C. de C. Nº 2246471, de Armero, las siguientes cantidades de dinero, así:

"a) La suma de tres mil seiscientos cinco pesos ($ 3.605.00) moneda corriente, por cesantía;

"b) La suma de doscientos ochenta pesos ($ 280.00) moneda corriente, por prima de Navidad;

"c) La suma de dos mil cien pesos ($ 2.100.00) moneda corriente, por lucro cesante; y

"d) La suma de veintiocho pesos ($ 28.00) moneda corriente, diarios, a partir del cin-

co (5) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) y hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores condenas, por indemnización moratoria.

"Segundo. **Declárase no probada** la excepción de prescripción.

"Tercero. **Absuélvese** a la **Caja Nacional de Previsión**, representada por el doctor **Aquila Barragán** G., o quien haga sus veces, de todas y cada una de las peticiones que le fueron formuladas en la demanda que originó el presente juicio.

"Cuarto. Sin costas".

Ese fallo fue remitido en consulta al H. **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, por cuanto ninguna de las partes recurrió de él, y ese Tribunal por medio de sentencia de veintidós de marzo del corriente año, **revocó** la condena proferida contra la Nación - Ministerio de Obras Públicas, absolvió a ésta de todos los cargos y confirmó en lo demás.

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante concedido éste y admitido aquí por la Sala, fue presentada en tiempo la demanda respectiva por el apoderado del actor, y allegadas oportunamente también las réplicas formuladas por el Procurador Delegado en lo Civil y por el Gerente de la Caja Nacional de Previsión Social.

En tal virtud, para resolver, se considera

La demanda

Señala el recurrente el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 22 de marzo de 1972, folios 58 a 62, la invalide y como Tribunal de Instancia pronuncie la sentencia, acogiendo la sentencia de Juzgador a-quo, folios 42 a 47 y condene a la Nación - Ministerio de Obras Públicas, a las siguientes sumas de dinero:

"a) La suma de $ 3.605.00 por cesantía.

"b) La suma de $ 280.00 por prima de navidad.

"c) La suma de $ 2.100.00 por lucro cesante.

"d) La suma de $ 28.00 diarios a partir del 5 de septiembre de 1966, y hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores condenas, por indemnización moratoria".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella presenta un solo cargo así:

"Unico cargo

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta por error de hecho, e indebida aplicación de los Arts. 1º, 11 y 58 inciso final de la Ley 6ª de 1945, Arts. 2º y 3º, de la Ley 64 de 1946, Arts. 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945, Arts. 17 letra a) de la Ley 6ª de 1945, Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, Arts. 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, Arts. 1º del Decreto 797 de 1949, Decreto 2767 de 1947, Arts. 1º, Ley 61 de 1939, Art. Ley 38 de 1946, Decretos 709 de 1940, 1052 de 1944, y 2058 de 1944, sobre trabajadores de la construcción y Arts. 1º y 2º de la Ley 54 de 1960, y su Decreto reglamentario 2964 de 1960, sobre prima de navidad.

"Dichos mandatos legales, definen entre otras cosas, el contrato de trabajo, su relación laboral, la competencia de la jurisdicción laboral, para conocer y decidir las controversias jurídicas que surjan entre la administración pública, y quienes estén vinculados a ella mediante un contrato de trabajo, los casos de ocurrencia de dicho contrato de trabajo tales como cuando la entidad oficial se dedica a una cualquiera de las actividades enunciadas exceptivamente en el ordenamiento reglamentario de la Ley 6ª de 1945; los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que se hace acreedor dicho trabajador, durante la vigencia y terminación de su contrato de trabajo, la definición del contrato presuntivo de trabajo los períodos de seis meses, su prórroga tácita, la definición de las causales de la terminación del contrato de trabajo, las sanciones o indemnizaciones en que incurre el patrono oficial al despedir o terminar unilateralmente el contrato de trabajo, sin causa justa o ilegalmente, los salarios que debe pagar por consecuencia de dicha terminación unilateral e injusta; la obligación perentoria del patrono de can-

celar al trabajador oficial los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones adeudados, o causados durante la vigencia y terminación del contrato de trabajo, durante un término de gracia de 90 días, la sanción o indemnización moratoria en que incurre dicho patrón oficial cuando transcurre dicho período sin haber satisfecho plenamente tales acreencias laborales; la forma de computar y liquidar el tiempo de servicios, y los elementos que han de integrar el salario para dicho cómputo o liquidación, la definición legal del concepto de empresa oficial y trabajador de la construcción para aplicarle un régimen específico no sólo de contratación, sino de derechos o garantías sociales.

"Conocido lo anterior será preciso para desarrollar el cargo enunciado, establecer si la sentencia de segunda instancia violó tales preceptos a través de la infracción indirecta por error de hecho e indebida aplicación de tales mandatos legales.

"Consecuente con ello afirmo que la sentencia incurrió en dicho cargo, por haber apreciał (sic) mal y parcialmente, las documentarias de los folios 30 a 36, ya que el Tribunal afirma que mi poderdante prestó sus servicios a la Nación - Ministerio de Obras Públicas, en su Distrito de Obras Públicas Nacionales Nº 8 y dejó de apreciarlas en cuanto tales pruebas afirman que dicho trabajador prestó sus servicios desde el 1º de febrero de 1962 hasta el 16 de mayo de 1966, y que en su último año de servicios es decir desde el 13 de marzo hasta el 16 de mayo devengó un jornal de $ 28.00 diarios. No habiendo apreciado la documentaria de folio 4 o sea la Resolución número 266 de 14 de mayo de 1966, por la cual se destituyó a mi poderdante y cuyo Art. 1º resuelve: 'Al tenor de lo previsto en los Arts. 58, 60, 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, y según lo previsto en el numeral 3º del Art. 7º, del Decreto legislativo número 2351 de septiembre 5 de 1965, destitúyase al trabajador Jorge Ramírez, Cadenero de este Distrito. (El subrayado es mío).

"Fue así como el H. Tribunal concluyó erróneamente que entre mi poderdante y la Nación - Ministerio de Obras Públicas no había contrato de trabajo, sino una relación de derecho público, habiendo además revocado la sentencia del Juzgador de primera instancia de todos los cargos formulados.

"Luego, el H. Tribunal para llegar a tal conclusión no dio por demostrado estándolo: a) Que entre mi poderdante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo por haber prestado sus servicios como Cadenero en su Distrito de Obras Públicas Nacional Nº 8; b) Que dicha relación de trabajo tuvo lugar desde el 1º de febrero de 1962 hasta el 16 de mayo de 1966; c) Que devengó un jornal diario de $ 28.00 y una prima de navidad de $ 765.00; d) Que la insubsistencia decretada por Resolución número 266 de 1966 de 14 de mayo, fue ilegal e injustificada; e) Que fue despedido faltándole para la prórroga de su último período presuncional de seis meses, cuyo período vencía el 30 de julio de 1966, y como laboró hasta el 15 de mayo de dicho año, la indemnización comprenderá los salarios que vayan desde el 16 de mayo hasta el último de julio, lo cual, quiere decir, dado su último jornal de veintiocho pesos, dicha indemnización por despido es equivalente a la suma de $ 2.100.00 mcte.; f) Que durante tal período en que existió su relación laboral se causó una cesantía por un tiempo de servicios de 4 años, 3 meses y 15 días, cuya liquidación es equivalente a la suma de $ 3.605.00 mcte., y una prima de navidad proporcional a los meses completos servidos durante el año de 1966, igual a $ 288.00 mcte.; g) Que hasta la fecha no le han sido cubiertos su indemnización por despido y su cesantía constituyendo dicha renuncia un acto de mala fe, por parte de la Nación - Ministerio de Obras Públicas.

"Teniendo en cuenta los presupuestos legales, las situaciones de hecho, y las premisas anteriores, es necesario principiar a criticar la sentencia del H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, materia de este recurso, si mi poderdante estuvo o no vinculado mediante un contrato de trabajo, los derechos laborales causados durante la vigencia y terminación del contrato de trabajo, en caso afirmativo, las consecuencias indemnizatorias por la terminación unilateral de dicho contrato de trabajo, y por el no pago dentro del término legal de los de-

rechos causados durante la vigencia y terminación de la relación laboral.

"Es bien sabido que la competencia del Juzgador laboral en tratándose de trabajadores oficiales, vinculados con la administración pública mediante un contrato de trabajo, no es materia de distinciones intelectivas, sobre la naturaleza de la entidad oficial a la cual se encuentra vinculado el trabajador, ni la naturaleza de las funciones o servicios del mismo, ni si su función es intelectual o material, ni si prima la primera sobre la segunda, ni si es obrero o empleado, ni el lugar donde ejerce las funciones, ni que las funciones sean administrativas de dirección, de confianza o manejo.

"Solamente exige el Art. 4º del Decreto 2127, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, como elemento esencial para que exista el contrato de trabajo la índole de la actividad a que se dedique la respectiva entidad oficial y tal es su contexto cuando dice: '... A menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fin de lucro, o de instituciones idénticas a la de los particulares, o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'.

"Luego existirá el contrato de trabajo entre la administración pública y el servidor oficial, cuando éste presta sus servicios a aquélla en una cualquiera de las actividades a que se dedique la primera, de la índole de los casos enunciados taxativamente por el concepto transcrito.

"Lo anterior quiere significar que la labor del juzgador laboral para determinar su competencia en las controversias surgidas entre la administración pública y sus servidores, consistirá en rastrear, no la naturaleza de la entidad oficial, si esta es nacional, departamental, municipal, intendencial, o establecimiento público secundario, no la naturaleza de las funciones del servidor oficial, no la primacía de las condiciones intelectivas sobre los materiales, ni su calidad de empleado u obrero, no si ejerce funciones administrativas, de confianza, manejo o dirección, o el lugar donde ejerce sus funciones, sin la discriminación de las funciones, sino que le bastará encontrar si el trabajador oficial ha prestado sus servicios a dicha entidad, en una de las actividades cuya índole sea la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a la de los particulares, o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma.

"Encontrado por el juzgador laboral dicho elemento esencial, esto es, la índole de la actividad a la cual se dedica la respectiva entidad oficial encajada dentro de una cualquiera de tales excepciones, tendrá la solución respecto a la competencia afirmativa para decidir el conflicto jurídico que haya dentro la administración pública y el trabajador oficial, como quiera que la existencia del contrato de trabajo como vínculo entre las partes ha determinado dicha competencia".

Cita luego el casacionista un aparte de la sentencia acusada y continúa:

"Como se puede apreciar, el H. Tribunal apreció mal, tales pruebas, por cuanto su apreciación fue parcial ya que, tales documentos, no solamente nos dicen que mi poderdante prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas en sus Obras Públicas Nacionales en su Distrito Nº 8, sino además la duración, los jornales devengados, durante tal período, comprendido desde el 1º de febrero de 1962 hasta el 16 de mayo de 1966. Pero además si hubiera apreciado la prueba de folio 4, hubiera además encontrado que mi poderdante prestó sus servicios durante tal período como cadenero de dicho Distrito, ya que, la Resolución número 266 de 14 de mayo de 1966, en su Art. 1º al destituirlo, dice: "... destitúyese al Trabajador Jorge Ramírez, Cadenero de este Distrito'.

"Luego sí estaban configurados los elementos constitutivos del contrato de trabajo que ligó a mi poderdante y el Ministerio de Obras Públicas, al comprobarse que aquél prestó sus servicios a dicho Ministerio en sus obras Públicas Nacionales, específicamente en su Distrito Nº 8 y en las funciones de Cadenero, las cuales, al tenor de la definición legal consagrada en los estatutos de las Leyes 61 de 1939 y 38 de 1946, sobre trabajadores de la construcción, dice: 'Para los efectos de la Ley 61 de 1939, se

entiende como trabajadores de la construcción a toda persona que a jornal, sueldo, destajo por tarea, ejecute obras... de mampostería' y las de Cadenero son de mampostería y como tal, es un auxiliar del topógrafo y tiene a su cargo los controles geométricos, alineamientos, formas y dimensiones de la construcción.

"No podía contrariar dicha certeza el hecho de que no aparecieran pormenorizadas o detalladas las funciones de mi poderdante como Cadenero, ni el lugar o forma en que prestó sus servicios, ni la relación directa y necesaria entre sus funciones de Cadenero y las obras de mampostería, o las obras de construcción o sostenimiento en que dichas funciones de Cadenero debían realizarse, por cuanto repito, ni el estatuto exige que se pruebe que la índole de la actividad a que se dedica la respectiva entidad oficial cabe dentro de una cualquiera de sus excepciones, la primera de las cuales hace referencia a la construcción o sostenimiento de las Obras Públicas.

"Basta sólo comprobar que si la Nación y su Ministerio de Obras Públicas y más específicamente el Distrito número 8 de las Obras Públicas Nacionales había incorporado a mi poderdante mediante el pago de los jornales respectivos y lo destituyó como Cadenero, quiere ello decir, que por la misma razón, sus funciones tenían necesariamente que ver con las obras de mampostería que adelantó dicho Ministerio y dicho Distrito ya que, era porque tales obras eran necesarias para la construcción o sostenimiento de las obras públicas llevadas a cabo por dicho Distrito durante el período en que mi poderdante prestó sus servicios a dicho Ministerio y a dicho Distrito.

"En resumen: bien dentro del estatuto del trabajador de la construcción —Leyes 61 de 1939 y 38 de 1946, o de la excepción del Art. 4º del Decreto 2127—, es evidente que entre mi poderdante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo en las condiciones de tiempo de servicios, salarios devengados, cargo desempeñado e insubsistencia desde el 1º de febrero de 1962 hasta el 16 de mayo de 1966 en el cargo de Cadenero, con un jornal de $ 28.00 diarios, puntualizados por los documentos de folios 4, 31 a 36.

"Como el H. Tribunal al apreciar parcialmente tales pruebas y al no apreciar la prueba de folio 4, lo hizo con error, ya que, concluyo erróneamente que entre mi poderdante y la Nación - Ministerio de Obras Públicas, no hubo contrato de trabajo y por ello, no tuvo incidencia ni apreció la duración de la relación laboral, ni menos aún los derechos laborales causados durante dicha relación, ni la insubsistencia, preciso es concluir que el H. Tribunal cayó en tal error y en las violaciones precisadas en este cargo.

"Es así como la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, casará la sentencia, la anulará y como Tribunal de instancia dictará la respectiva sentencia, acogiendo la del juzgador de primera instancia, condenando a la Nación - Ministerio de Obras Públicas, así:"

Repite a continuación las referencias cuantitativas correspondientes a: cesantía, prima de navidad, lucro cesante e indemnización moratoria.

Se estudia el cargo

Como queda advertido antes, persigue el casacionista con su ataque la quiebra del fallo acusado y la confirmación consecuente del pronunciamiento del a-quo, sobre la base de errores de facto cometidos por el ad-quem que lo llevaron a la aplicación indebida de los preceptos que considera violados.

El Tribunal para su decisión absolutoria se pronunció de la siguiente manera:

"No basta, entonces, con que se acredite la mera 'relación de trabajo', como lo pretende el a-quo, para que se concluya que la entidad pública de que se trate debe responder ante el juez laboral de las obligaciones de allí derivadas. Al contrario de lo que acaece con los trabajadores particulares, amparados por la presunción del artículo 24 C. S. T. la regla general respecto a los servidores públicos es la de que se hallan ubicados dentro de una 'situación estatutaria' y la excepción es el contrato de trabajo, lo que significa que aquélla se presume y que el demandante que pretende obtener la eficacia de un derecho frente al Estado por la vía del proceso ordinario la-

boral debe desvirtuar esa presunción, demostrando que los servicios se prestaron dentro de algunas de las circunstancias especiales previstas que permiten la configuración del vínculo jurídico contractual.

"En el sub-discusiones el único elemento de juicio aportado lo constituye el certificado que obra a folios 31 y 36 que contiene una discriminación de los jornales pagados, los meses y días respectivos, los descuentos para la Caja Nacional (para la cual no se le descontó por concepto de afiliación), y dos constancias relativas a la ausencia de certificación al trabajador, quien debe pedirla, para el reclamo de cesantía ante la Caja y sobre un paz y salvo. Además, y es la única singularización respecto a las condiciones de trabajo, en el preámbulo se lee: 'El suscrito Pagador del Distrito de Obras Públicas Nacionales número 8, Hace Constar: Que el señor Jorge Arturo Ramírez con c.c. Nº 2246471 de Armero (T.). prestó sus servicios en este Distrito de OO. PP. Nacionales número 8 y figuró en la Planilla de tiempo en la siguiente forma. así '(aquí la relación que ya se comentó). No hay nada allí, pues, que indique la índole de la labor desempeñada ni las condiciones del servicio; y como la ley no ha dicho que todos los que trabajen en el Distrito de Obras Públicas número 8, o en cualquier Distrito de esos, o que figuren en planilla deben considerarse trabajadores vinculados por contrato de trabajo, condición sine qua non como ya se advirtió, síguese que el demandante no probó el principal de los presupuestos de fondo de los derechos demandados y que por lo mismo deben desestimarse las peticiones, revocando la condena impartida, y sin que haya lugar a costas".

La Corte observa que, el Tribunal partió de la base fundamental de que el señor Jorge Arturo Ramírez estuvo ligado con el Estado y directamente con el Distrito de Obras Públicas número 8 por una relación de derecho público o estatutaria, y no por contrato de trabajo lo cual a su juicio no encontró demostrado por el actor del juicio a través de las pruebas que analiza.

Sobre el tema de que aquí se trata, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en relación con trabajo en las Obras Públicas, reiteradamente en la forma como a continuación se transcribe:

"... **el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.**

"Nótese cómo el precepto citado (se refiere al Art. 4º del Decreto 2127 de 1945) dice relación a las funciones de la entidad y no a las del trabajador a ella ligado, según surge con claridad de su sola lectura, así: 'No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de **obras públicas**, o de **empresas** industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma' (Los subrayados son de la Sala).

"Por otra parte, la regla general es la de que el que sirva a la administración nacional, departamental, municipal, etc., es empleado público, y sólo por excepción, son trabajadores oficiales, es decir, ligados por contrato de trabajo, los que laboren en las construcciones y sostenimiento de las obras públicas, en empresas industriales, etc., que se exploten con fines de lucro o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

"Estos principios fueron amplia y reiteradamente expuestos tanto por el Tribunal Supremo del Trabajo, como por esta Sala, en numerosos fallos, y resumiendo tal jurisprudencia, el artículo 5º del Decreto extraordinario 3135 de 1968 sentó las dos siguientes reglas generales:

"a) 'Las personas que presten sus servicios a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos...'

"b) 'Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales.

"Estas dos reglas sufren excepciones, así:

1º 'Los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales'. 2º 'En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo' y 'los estatutos de dichas empresas (comerciales e industriales del Estado) precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Ahora bien, en el caso de estudio se tiene que, de las documentaciones que aparecen de folios 31 a 33, indicadas como mal apreciadas por el casacionista, el señor Jorge Arturo Ramírez prestó sus servicios en el Distrito de Obras Públicas número 8 y figuró en la planilla de tiempo que allí se determina, de febrero de 1962 a julio 12 de 1966, los tres últimos meses en Sanidad, con un jornal último de $ 28.00 diarios.

Esa certificación fue expedida por el Pagador del Distrito de Obras Públicas número 8 y fue solicitada al Jefe de Personal del mismo Distrito (Fls. 29 y 30).

En esa misma certificación consta que el mencionado señor Ramírez durante todo el tiempo de servicios percibió jornales que le fueron pagados con fondos del Ministerio de Obras Públicas, y así mismo que le fueron pagadas las primas de navidad de 1962 a 1965, mas no hay constancia de que le hubiera sido cubierta la de 1966.

Por otra parte, al folio 4 del expediente se encuentra la Resolución número 266 de 14 de mayo de 1966 expedida por el Ingeniero Jefe del Distrito de Cundinamarca, en la que se expresaron las razones del despido del trabajador demandante, en la cual se lee:

"Artículo primero. Al tenor de lo previsto en los artículos 58, 60, 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, y según lo previsto en el numeral 3º del artículo 7º del Decreto legislativo número 2351 de septiembre 5/65, destitúyese al trabajador Jorge Ramírez, Cadenero de este Distrito".

Esa destitución de acuerdo con el parágrafo de tal resolución operó desde el 16 de ese mismo mes de mayo de 1966.

Esta prueba no fue mencionada por el ad-quem en la sentencia acusada, y de ella junto con las que el recurrente indicó como mal apreciadas, se desprende indubitablemente que el actor del juicio estuvo vinculado al Distrito número 8 del Ministerio de Obras Públicas, en donde durante todo el tiempo de servicio percibió jornales por su trabajo, figuró en las respectivas planillas y que su actividad laboral fue la de Cadenero de ese Distrito.

En este caso, la actividad del demandante en sus funciones de cadenero de esa dependencia del Ministerio de Obras Públicas, lo vincula necesariamente a la construcción o conservación de las obras públicas, dada la naturaleza específica de ese trabajo, de donde estando adscrito a esta actividad de las obras públicas, no se ve cómo ubicarlo como ligado al Estado por una relación de Derecho Público, cuando precisamente está dentro de la excepción arriba explicada que lo señala como trabajador oficial y por tanto bajo régimen contractual.

Además, la resolución de despido precitada invoca como fundamento del mismo algunas disposiciones del C. S. T. que aún cuando mal citadas, aluden a actividades contractuales y no a relaciones de Derecho Público, especialmente los Arts. 62 y 63 del C. S. T. que fueron modificados por el 7º del Decreto número 2351 de 1965 en donde se trata de las causas justas de terminación del contrato de trabajo, lo cual indica con mayor claridad que la relación del demandante con las obras públicas fue contractual.

En estas condiciones es evidente el error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar erradamente las pruebas de los folios 31 a 33 y al dejar de apreciar la del folio 4. En consecuencia, el cargo prospera y habrá de ser casada la sentencia conforme a lo impetrado por el recurrente.

Consideraciones de instancia

Como queda advertido, de las probaciones aludidas se desprende que el trabajador demandante estuvo vinculado a las obras públicas durante el tiempo señalado precisamente en ellas, que percibió últimamente un jornal de $ 28.00 diarios, que le fueron pagados los jornales durante el tiempo de servicio, así como las primas de navidad

correspondientes hasta el año de 1965, empero no está acreditado que le hubiera sido cubierta la correspondiente al tiempo de trabajo durante lo corrido de mil novecientos sesenta y seis.

De otro lado, la parte demandada no hizo tentativa de demostrar la justicia del despido invocada en la resolución mediante la cual se dio por terminado el contrato de trabajo al actor del juicio.

En estas condiciones, corresponde al demandante la cesantía solicitada, la prima de navidad proporcional al último año de servicio, la indemnización por despido injusto más la indemnización moratoria.

En cuanto corresponde a la cesantía, será confirmada la sentencia del a-quo, pero no por las razones que él expone en la parte motiva de su decisión, sino porque el Decreto 2165 de 1946 señaló un procedimiento especial para el pago de prestaciones a los trabajadores de Obras Públicas.

En lo atinente a la indemnización moratoria, la Corte se ha pronunciado en casos como el de estudio en la siguiente forma:

"Tanto el propósito del Decreto 2127 como el del 797 fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación post-contractual, porque cuando el trabajador retirado o despedido se presenta a reclamar esos derechos lo hace en su carácter de ex-trabajador, pues solamente a la desvinculación contractual la ley le reconoce el derecho a percibir determinadas prestaciones e indemnizaciones como cesantía, vacaciones no disfrutadas, salarios por lucro cesante, etc.

"En estas condiciones se desprende de lo expuesto que, el no pago de los valores a que ascienda la indemnización por despido injusto o lucro cesante, por lo general produce la sanción denominada indemnización moratoria a la luz de las disposiciones sustanciales de que aquí se trata, y en tratándose de relaciones laborales entre entidades oficiales y sus trabajadores oficiales vinculados a ellas por contrato de trabajo".

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 veintidós de marzo del año en curso proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, y en sede de instancia CONFIRMA la de primer grado dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en este mismo juicio el treinta de junio de mil novecientos setenta y uno.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOMINICALES Y FESTIVOS

Admitido que el demandante laboró en días domingos y festivos y que ese trabajo corresponde al lapso fijado en la demanda del 1º de septiembre de 1968 al 30 de noviembre de 1970, el número de unos y otros no puede calcularse tomando calendarios o almanaques correspondientes a esos años y sumando los domingos y festivos que de ellos resultan, pues tales calendarios constituyen medios de prueba ajenos al proceso, dentro del cual no se llevó a efecto ni inspección judicial, ni dictamen pericial destinados a precisar dicho número.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Luis Arturo González Pinilla, por su apoderado, demandó a Clínica Colombia Ltda., domiciliada en Cúcuta, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, para que fuese condenada a pagarle el valor de las horas de trabajo extraordinario nocturno y los dominicales y días festivos, laborados entre el 1º de septiembre de 1968 y el 30 de noviembre de 1970, y, como consecuencia, a reajustarle el pago de sus prestaciones sociales, y a la indemnización moratoria respectiva.

Funda estas pretensiones en la afirmación de haber servido a la entidad demandada entre el 16 de agosto de 1967 y el 30 de noviembre de 1970, fecha en que dejó su cargo de "supervisor de equipo y local" por "despido en forma unilateral y sin justa causa", comunicado por el patrono en nota de 15 del mismo mes; en la de haber laborado "a partir del primero de septiembre de 1968" durante horas nocturnas y todos los domingos y días festivos en el servicio de vigilancia de la Clínica y en la de que su último sueldo fue el de $ 1.700.00. Admite que le fueron liquidadas y pagadas con base en éste sus prestaciones sociales; pero considera que deben reajustársele con apoyo en el cómputo del trabajo en horas extraordinarias y en días domingos y festivos.

La demandada respondió a lo anterior, admitiendo la existencia del contrato de trabajo y el sueldo devengado; pero fijó el 1º de agosto de 1968 como fecha de iniciación de aquél y negó el trabajo en horas nocturnas y en días domingos y festivos. En cuanto al despido, sostuvo que el actor renunció voluntariamente a su cargo por causa de un segundo robo nocturno perpetrado en la Clínica y así lo dijo la nota en que le comunicó la terminación de su contrato. Propuso las excepciones de compensación, inexistencia de la obligación demandada y carencia de acción.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, a quien correspondió conocer del proceso, lo desató con sentencia de 12 de mayo de 1972, cuya parte resolutiva determina:

"1º Condenar a la Clínica Colombia Ltda. domiciliada en Cúcuta y representada por su Gerente doctor Alfredo Landínez Salamanca, mayor y de esta vecindad, o por quien haga sus veces, a pagar a su ex-trabajador Luis Arturo González Pinilla también mayor y de esta vecindad, con C. C. Nº 1917598, de Cúcuta, los siguientes valores:

"a) La suma de tres mil trescientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos ($ 3.399.60), valor de la indemnización por despido injusto.

"b) La suma de diez y ocho mil seiscientos noventa y siete pesos con ochenta centavos ($ 18.697.80), valor de los dominicales dejados de pagar durante la relación laboral.

"c) La suma de dos mil cincuenta y nueve pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 2.069.64), valor de los feriados dejados de pagar.

"d) La suma de veintinueve mil quinientos setenta y seis pesos con cincuenta y dos centavos ($ 29.576.52), valor de la indemnización por falta oportuna de pago de salarios y prestaciones debidos al trabajador, suma ésta que comprende del período contado a partir de la fecha de despido hasta la de esta sentencia. Condénase además a la parte demandada al pago de la suma de un salario diario, a partir de la fecha de esta sentencia y hasta que el pago total de las prestaciones y salarios debidos se realice por parte de la entidad demandada, teniendo en cuenta que el salario diario últimamente devengado por el trabajador es el de $ 56.66.

"2º Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"3º Costas a cargo de la parte demandada".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, al resolver el recurso de alzada interpuesto por el patrono, decidió lo que se copia en fallo de 20 de junio del año en curso:

"Primero. **Condénase** a la **Clínica Colombia Limitada**, domiciliada en Cúcuta y representada por su Gerente doctor **Alfredo Landínez Salamanca**, mayor y de esta vecindad, o quien haga sus veces, a pagar tres días después de la ejecutoria de esta providencia a su ex-trabajador **Luis Arturo González Pinilla**, también mayor de edad y de esta vecindad, con cédula de ciudadanía número 1917598 de Cúcuta, la suma de $ 3.717.12 por concepto de reajuste de prestaciones sociales.

"Segundo. Modifícase la sentencia apelada en los literales a), b) y c) del numeral primero, y en su lugar condénase a la Empresa demandada a pagar a su ex-trabajador, tres días después de la ejecutoria de este fallo, los valores que a continuación se expresan, y no los que por los mismos conceptos trae la sentencia impugnada.

"a) La suma de cuatro mil cuatrocientos noventa y ocho pesos con diecisiete centavos ($ 4.498.17) por concepto de indemnización por despido injusto.

"b) La cantidad de veinticuatro mil ochocientos diecisiete pesos con ocho centavos ($ 24.817.08) por concepto de dominicales y festivos trabajados durante la relación laboral.

"Tercero. Confírmase la sentencia recurrida en todo lo demás.

"Cuarto. Costas a cargo de la parte demandada".

La parte vencida recurrió en casación ante esta Sala de la Corte y en la respectiva demanda, no replicada por la actora, fija de esta manera el alcance de la impugnación:

"A través de este recurso de casación se persigue que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se pronuncie en la siguiente forma:

"1. Casar totalmente el literal b) del punto segundo de la sentencia impugnada por cuanto, como se verá no era procedente esta condena.

"2. En caso de que no prospere la petición del punto anterior, casar parcialmente el literal b) del punto segundo de la sentencia impugnada y que constituída la Sala en Tribunal de Instancia declare que la condena por trabajo en dominicales y festivos se reduce a $ 16.884.68, o sea el equivalente a los turnos trabajados entre el 1º de septiembre de 1968 y el 30 de noviembre de 1970.

"3. Casar el punto Tercero de la sentencia atacada, en cuanto confirma la condena de primera instancia por concepto de indemnización moratoria o '"salarios caídos'", y que constituída la Sala en Tribunal de Instancia absuelva a la entidad demandada por este concepto".

Para conseguir estos objetivos formula dos cargos, que se estudiarán en su orden:

Dice el primero que "la sentencia acusada viola indirectamente por aplicación indebida, el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, violación que se produjo a través de errores de hecho evidentes originados en la errónea apreciación de la confesión judicial", la que considera existe en el hecho 7º de la demanda, que reza: "Además, a partir del 1º de septiembre de 1968 le tocó laborar en días domingos y festivos..." (el subrayado es de la demanda). Sin embargo, la condena al pago de esos días la profirió el Tribunal por todo el lapso del contrato de trabajo, que fijó entre el 16 de agosto de 1967 y el 30 de noviembre de 1970, haciendo caso omiso de la mencionada confesión judicial.

Para resolver la Sala considera

El fallo acusado determinó como lapso de la relación laboral entre las partes el afirmado en la demanda, que abarca desde el 16 de agosto de 1967 hasta el 30 de noviembre de 1970 y rechazó la fecha de iniciación del mismo el 1º de agosto de 1968, sostenido por la demandada al descorrer el traslado de aquélla, con base en la absolución de posiciones del representante legal de ésta, que al responder la primera pregunta del respectivo pliego admitió como cierto dicho lapso.

Para determinar la existencia de dominicales y festivos trabajados por el actor tuvo en cuenta dos declaraciones de testigos; pero en cuanto al número de éstos, manifestó:

"Revisado el calendario respectivo tenemos que durante el lapso del contrato de trabajo se sucedieron 165 dominicales y 54 feriados, los que fueron trabajados por el asalariado y que deben liquidarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 ... Sumados los dominicales y festivos, que como ya vimos deben pagarse en forma igual, porque fueron trabajados, nos da un total de 219 días".

Ocurre, sin embargo, que el actor en el hecho 7º de la demanda precisó la fecha exacta desde la cual se le debían dominicales y días festivos, diciendo: "7º Además, a González Pinilla y a partir del primero de septiembre de 1968 le tocó laborar en domingos y días festivos, pues debía prestar el servicio de supervisor tanto en las horas señaladas en el horario del contrato de trabajo, como el asignado por el patrono en las horas de la noche: trabajo en días domingos y festivos que no se le ha remunerado, ni tampoco se le concedió el descanso remunerado a que tenía derecho".

Lo mismo sucede con el trabajo extraordinario nocturno (que el sentenciador no halló probado) y respecto del cual afirma la demanda: "5º Pero a pesar de lo referido en el hecho anterior, al señor Luis Arturo González Pinilla y a partir del primero de septiembre de 1968, se le aumentó la jornada de trabajo, pues se le exigió que además del horario señalado en la cláusula 3ª del contrato de trabajo, también debía supervigilar o supervisar o celar o vigilar la clínica de noche..."

Es decir, la demanda concreta con claridad indiscutible dos fechas: a) La de duración del contrato en el hecho 1º, que comprende del 16 de agosto de 1967 hasta el 30 de noviembre de 1970; b) La del trabajo en días domingos y festivos y en horas extraordinarias nocturnas, hechos 5º y 7º, que fija con esta expresión inequívoca: "y a partir del primero de septiembre de 1968..." Es, pues, manifiesto el error de apreciación de la confesión judicial contenida en la demanda en que incurrió el Tribunal, al tomar la primera y no la segunda fecha para el cómputo de los dominicales y festivos laborados, contra la manifestación expresa del demandante al respecto.

Deberá, por tanto, casarse la sentencia en lo que dice relación con dicho cómputo, de acuerdo con el punto (2) del alcance de la impugnación que reza: "En caso de que no prospere la petición del punto anterior, casar parcialmente el literal b) del punto segundo de la sentencia impugnada, y que constituída la Sala en Tribunal de Instancia declare que la condena por trabajo en dominicales y festivos se reduce a $ 16.884.68, o sea, al equivalente a los turnos trabajados entre el 1º de septiembre de 1968 y el 30 de noviembre de 1970".

Y la Sala accede a esta petición subsidia-

ria y no a la principal, relacionada con el estudio de si se efectuó en realidad el trabajo en domingos y días festivos, según uno de los planteamientos del cargo, porque la confesión judicial espontánea apreciada con error no se refiere a dicho punto, sino a la fecha desde la cual debe cubrirse esa prestación y el fundamento del Tribunal para dar por establecido que se laboraron tales días, está constituido por declaraciones de testigos, no susceptibles de examen por la Corte dentro de las restricciones impuestas al recurso extraordinario por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y la jurisprudencia interpretativa de éste, contenida en sentencia de casación de 19 de octubre del año que corre (Miguel A. Mora Velandia contra Industria Militar y la Nación).

El segundo cargo acusa la sentencia de "violar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que se produjo a través de errores de hecho evidentes originados en la errónea apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras".

Señala como pruebas respecto de las cuales se incurrió por el Tribunal en error de hecho "la carta que obra al folio 2 del cuaderno de primera instancia y los documentos que corren a folios 16, 17, 18 y 19 del mismo cuaderno".

Respecto de la primera indica en estos términos el error de apreciación que imputa al fallo impugnado:

"Cuando el patrono dio por terminado el contrato de trabajo con González Pinilla lo hizo convencido de que el propósito (manifestado por el trabajador a diferentes personas) de éste era precisamente el de no continuar al servicio de la Clínica. Qué conclusión podía sacar el patrono cuando su trabajador le manifiesta que no continurá desempeñando las funciones de supervisión nocturna hasta tanto no se nombre otra persona para que desempeñe precisamente las funciones que le correspondían a González? Por la interpretación que el patrono dio a las manifestaciones de González fue que se produjo el documento que corre al folio 2.

"Si a la postre la rama jurisdiccional concluyó en que hubo una equivocada interpretación del patrono al darle a las expresiones de González un alcance que no tenían, no significa esto que hubiera de parte de la Clínica Colombia '"mala fe'" para no reconocer desde un comienzo la correspondiente al lucro cesante.

"....

"A mi juicio, el sentenciador de segundo grado apreció erróneamente el documento del folio 2. Y erró en la apreciación porque éste trata sobre una situación real cual es la de que el patrono entendió que González se proponía devolver las llaves, configurando así una renuncia. Y repito que si jurisdiccionalmente se le da al comportamiento de González una trascendencia diferente, no resulta legítimo que se cargue la cuenta del patrono una '"mala fe'" que no existió".

Con relación a los otros documentos, sostiene:

"No puede pregonarse válidamente que el patrono no pagó la totalidad de las prestaciones sociales. Por el contrario, la consignación hecha en diciembre 1º de 1970 (Fl. 16) indica que consignó no sólo lo que creía deber, sino un poco más.

"En efecto, el Tribunal al folio 19 del cuaderno de segunda instancia, computa un tiempo de servicio igual a 3 años, 3 meses y 15 días, y sobre esa base liquida la cesantía.

"Mi mandante, imbuído en todo momento de 'buena fe' creyó que el tiempo laborado era superior y liquidó tal prestación sobre 3 años y cuatro meses (ver Fl. 16, cuaderno de primera instancia).

"¿Cómo alegar así 'mala fe patronal'?

"Consignó igualmente lo que correspondía a vacaciones causadas y no disfrutadas y lo relativo a prima de servicios.

"¿Cuál prestación dejó de consignar? Hay acaso en la sentencia alguna condena por prestación social específica dejada de reconocer y de pagar?

"....

"Al igual que se expusiera en el literal a), si jurisdiccionalmente y con base en unos testimonios muy precarios se produjo condena por dominicales y festivos, no puede alegarse mala fe patronal, al dejar de reajustarse las prestaciones".

La Sala considera

En cuanto al tema en discusión todo cuanto dijo el Tribunal fue lo que se copia:

"Ninguna observación tiene que hacer la Sala en cuanto a lo dispueto por el a-quo en este punto, como quiera que la empresa dejó de cancelar al demandante el valor exacto de sus prestaciones sociales, y además, no le pagó los dominicales y festivos laborados, cuando está perfectamente demostrado en autos la labor cumplida en los referidos días. En este orden de ideas, la consignación hecha por la empresa no tiene fuerza legal capaz de hacer inaplicable la sanción del artículo 65 del C. S. del T.".

Y la sentencia del Juzgado, que el Tribunal acoge, sólo asevera lo siguiente: "Ciertamente, la parte demandada, en este juicio, debe abonar al trabajador, como antes se ha visto, el valor de lo correspondiente por el concepto de domingos y festivos. Este hecho es suficiente para que prospere la petición relacionada con los denominados 'salarios caídos', al tenor de lo establecido por el artículo 65 del C. S. T.".

Dedúcese de lo transcrito que ambos juzgadores de instancia impusieron la sanción moratoria exclusivamente por el no pago de dominicales y días festivos, que el trabajador sostuvo había trabajado en la demanda inicial de este juicio, desconociendo todo valor liberatorio a la consignación hecha por el patrono.

En estas condiciones, el error de hecho es también evidente respecto del tema propuesto, ya que el artículo 65, numeral 2, establece por modo expreso que "el patrono cumple con sus obligaciones consignando ... la suma que confiesa deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia".

Ahora bien. Despedido el trabajador mediante la carta del folio 2 del cuaderno principal, fechada el 15 de noviembre de 1970, el patrono consignó el 1º de diciembre siguiente el valor de las prestaciones sociales del mismo en cuantía de $ 6.224.95, que el trabajador retiró al otro día de efectuada (Fl. 19), sin que haya existido discusión alguna con relación a las prestaciones pagadas en dicha forma, ni a la cuantía de ellas. Cubrió, por tanto, la empresa no sólo lo que confesaba deber, sino lo que realmente debía en esa fecha.

Que dicha consignación no comprendió los salarios por trabajo efectuado en días domingos y feriados, es cierto; pero no hay constancia alguna de que el demandante los hubiese reclamado al patrono antes de la iniciación del presente proceso, o sea, que éste creyese deberlos, no obstante lo cual se abstuvo de consignar su valor. Es en la demanda inicial de este juicio donde se cobra el monto de los mismos y si el Tribunal consideró probada la obligación respectiva, no surge de este solo hecho que la consignación de lo que la empresa debía al trabajador al terminar su contrato de trabajo, careciera del poder liberatorio que le otorga el artículo 65, inciso 2, del C. S. del T., como lo asienta la sentencia impugnada.

Deberá, por lo consiguiente, casarse tal sentencia en punto, de acuerdo con lo pedido en el numeral (3) del alcance de la impugnación.

Consideraciones de instancia

Admitido que el demandante laboró en días domingos y festivos y que ese trabajo corresponde al lapso fijado en la demanda del 1º de septiembre de 1968 al 30 de noviembre de 1970, el número de unos y otros no puede calcularse tomando calendarios o almanaques correspondientes a esos años y sumando los domingos y festivos que de ellos resultan, pues tales calendarios constituyen medios de prueba ajenos al proceso, dentro del cual no se llevó a efecto ni inspección judicial, ni dictamen pericial destinados a precisar dicho número. Al respecto, dijo esta Sala en sentencia de casación de 9 de diciembre de 1967 (Ramón Domiciano Hamburguer del Valle contra Esso Colombiana S. A.), lo que se transcribe:

"Por otra parte, ni en el diario de navegación, ni en el certificado de la Intendencia de Navegación Fluvial, ni en ninguna parte del expediente hay dato alguno de los domingos y días feriados que corresponda a los distintos períodos en que el actor estuvo trabajando de manera continua a órdenes de la empresa. De ese dato ha debido dejarse constancia pormenorizada en el acta de la diligencia de inspección ocular —to-

mado de los calendarios del despacho judicial, simultáneamente con los concernientes al tiempo de trabajo en diario de navegación— pues que para ello precisamente se practicó. No se hizo así, y esta omisión no puede subsanarse con una vaga referencia al calendario deslizada en la providencia judicial, porque si bien la ley determina cuáles son los días por cuyo trabajo en ellos el empleado tiene derecho a salario doble, y cuáles son y en qué semanas del año caen los días de fiestas denominadas fijas es conocimiento que pertenece a las 'máximas de la experiencia' que en calidad de 'material de nociones extrajuicio' posee el Juez 'como hombre culto que vive en sociedad', por lo cual puede trasladarlo al proceso como excepción al principio general de que no puede servirse de su ciencia privada para la solución de la litis (Calamandrei, **El Proceso Civil**, Buenos Aires, 1945, Pág. 200), no sucede lo mismo con los días de fiestas movibles —como los domingos y otros— que por sus variaciones en el calendario no está el fallador en capacidad de localizar en una semana determinada, y en ocasiones ni aún en determinado mes. Bastaría para demostrarlo, considerar que a la Corte no le sería dable hoy, después de varios años, determinar sin consultar el calendario si entre el diez y seis y el treinta de abril de mil novecientos cincuenta y cinco cayeron solamente dos domingos, o si fueron tres, a tiempo que para resolver el recurso no puede tomar en consideración elementos instructorios distintos de los que trae el expediente. Si repugna a la naturaleza del recurso todo debate probatorio, menos puede el Tribunal de casación acudir para desatarlos a pruebas —y prueba vendría a ser el calendario— que no figuran en los autos. Nada existe para el fallador fuera del expediente, como no sea la ley, el hecho reconocidamente notorio y las llamadas 'máximas de la experiencia'.

"La completa falta de prueba sobre los días feriados en que el empleado trabajó hace que no puedan tenerse como acreditados sino aquellos respecto de los cuales la experiencia del sentenciador le enseñe que sin lugar a duda están comprendidos dentro de los lapsos en que permaneció aplicado al servicio de la empresa sin abandonar su tarea, o sea un mínimo de cuatro domingos por mes o los que quepan en cada fracción de mes, y los tres jueves (santo, corpus y de la ascensión), por no coincidir con un domingo en ningún caso. Para el juez, atenido a su experiencia solamente, no podrá dejar de ser dudoso si un determinado mes trae más de cuatro domingos y si las demás fiestas movibles, y aún las fijas, no caen en domingo".

De acuerdo con la doctrina anterior, pues, computando cuatro domingos en cada mes y las fiestas que, aunque movibles, caen siempre en día jueves, sólo resultan ciento veintidós días por los cuales ha de pagarse el salario ordenado en el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965.

Ahora bien. El salario devengado por el trabajador, según consta de autos, fue de $ 56.66, cuyo doble es de $ 113.32, que multiplicado por los 122 domingos y festivos dichos, arroja un total de trece mil ochocientos veinticuatro pesos con cuatro centavos ($ 13.824.04), pero como el actor en la petición correspondiente del alcance de la impugnación determinó en $ 16.884.68 la suma a que debía reducirse la condena por dominicales y festivos, la Sala debe estarse a esa determinación del recurrente.

Conviene advertir, por último, que la reducción de esta condena implicaría la del reajuste de prestaciones sociales del actor; pero como este aspecto no fue objeto de impugnación por el casacionista la Sala no puede enmendarlo.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en el literal b) del punto Segundo de su parte resolutiva y en el punto Tercero de la misma en cuanto confirmó la condena impuesta por el a-quo al pago de indemnización moratoria, y, en función de instancia, MODIFICA el literal b) del punto 1º de la sentencia dictada en este juicio por el Juzgado Primero Laboral de Cúcuta, en el sentido de reducir la condena allí impuesta a la suma de diez y seis mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con sesenta y ocho centavos ($ 16.884.68); REVOCA la condenación contenida en el lite-

ral d) del mismo punto, sobre indemnización moratoria, y ABSUELVE por este concepto a la empresa demandada. NO SE CASA EN LO DEMAS el fallo recurrido.

Costas de primera instancia en un 50% a cargo de la demandada. Sin costas en la segunda instancia y en este recurso.

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

La Corte por providencia de noviembre 23 de 1972, DECLARA NULO y, por tanto, inexequible, el Laudo Arbitral, pronunciado el 21 de agosto de 1972 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los Municipios del Departamento de Antioquia y el Municipio de Santa Fe de Antioquia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Decide la Sala el recurso de homologación interpuesto por el Personero Municipal del Municipio de Santa Fe de Antioquia contra el Laudo Arbitral proferido el 21 de agosto del corriente año, que dirimió el conflicto colectivo suscitado entre ese Municipio y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los Municipios del Departamento de Antioquia.

Antecedentes

El mencionado sindicato presentó al citado Municipio un pliego de peticiones, aprobado por la Asamblea General del mismo el 20 de mayo de 1971, y en cuya discusión se agotaron las etapas de arreglo directo y conciliación, sin que se llegara a ningún acuerdo sobre los diversos puntos del pliego. Los conciliadores dieron por terminadas las negociaciones el 7 de febrero de 1972.

Procedióse entonces a la integración del respectivo Tribunal de Arbitramento y para este efecto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por Resolución número 00879 de 21 de abril de 1972, lo convocó, le señaló la ciudad de Medellín como sede y ordenó que las partes procedieran a designar sus respectivos árbitros y éstos al árbitro tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión.

Designados aquéllos. el mismo Ministerio en Resolución 01223 de 2 de junio de 1972, declaró integrado el Tribunal con los doctores Iván Hernando Montoya por el Municipio y Carlos Rivera Echavarría por el Sindicato. Y en Resolución 01877 de 28 de julio siguiente aprobó la designación que como árbitro tercero hicieron los dos anteriores en el doctor Emiro Pineda Carvallo.

El 23 de junio del año indicado tomaron posesión los dos árbitros principales y el 8 de agosto el tercero y el 11 de este mes inició labores el Tribunal, designando como Presidente al doctor Carlos Rivera Echavarría y como Secretario a Oscar Henao Londoño. Sus labores se prolongaron hasta el 21 de agosto en que se produjo el Laudo Arbitral recurrido por el personero municipal indicado.

El recurso

Para sustentar el recurso de homologación, el Municipio mencionado, mediante apoderado judicial, solicita, en primer término, la nulidad íntegra del laudo por incompetencia para pronunciarlo, tanto, en el árbitro designado por el Sindicato, como en el nombrado por el Municipio.

La tacha que a éste se hace consiste en que su designación no la efectuó el Concejo Municipal de Santa Fe de Antioquia,

sino la Mesa Directiva del mismo, la que carecía de facultades para ello.

La Sala considera

Al folio 11 del cuaderno número dos aparece copia auténtica de la siguiente Resolución:

"Resolución. La Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santa Fe de Antioquia en uso de sus facultades estatutarias, y Considerando: a) Que con motivo de la presentación de un pliego de peticiones por el Sindicato de Trabajadores del Municipio, se adelantaron hasta esta época las etapas legales en la discusión de dicho pliego; b) Que en razón de lo dicho han terminado su actuación los negociadores en arreglo directo y el conciliador sin haber llegado a un acuerdo total. Resuelve: Artículo único. Nómbrase al Abogado Iván Hernando Montoya como árbitro por parte de esta municipalidad para que actúe en la etapa correspondiente al actual pliego en discusión. Dada en Santa Fe de Antioquia el 30 de abril de 1972. (Fdo.) Andrés Hidalgo Agudelo, Presidente. (Fdo.) Pedro Nel Roldán, Vicepresidente. (Fdo.) Edgar Serna M., Secretario. Hay un sello que dice: "República de Colombia. Concejo Municipal. Santa Fe de Antioquia. Es fiel copia de una copia debidamente firmada y sellada que se encuentra en esta Secretaría. Medellín, septiembre 7/72. (Fdo.) Blanca Londoño B. Secretaria División Deptal, de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia. Lleva un sello que dice: República de Colombia-División Departamental de Antioquia. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

A los folios 12 y 13 del mismo cuaderno obran las constancias que a la letra dicen:

"Alcaldía Municipal. Santa Fe de Antioquia. Santa Fe de Antioquia, agosto 28 de 1972. La suscrita Alcaldesa Municipal de Santa Fe de Antioquia, Certifica: Que el treinta de abril de mil novecientos setenta y dos el H. Concejo Municipal de Santa Fe de Antioquia se hallaba en receso y que para esta fecha no había sido citado a reunión extraordinaria por este Despacho. (Fdo. Blanca Herrera de Valencia, Alcaldesa Municipal). "El suscrito Secretario del Honorable Concejo Municipal de Santa Fe de Antioquia, Certifica: Que el día treinta (30) de abril de mil novecientos setenta y dos (1972) el H. Concejo no sesionó. (Fdo.) Edgar Serna M., Secretario Concejo. Santa Fe de Antioquia, agosto 30 de 1962".

Los anteriores documentos prueban de manera fehaciente que el árbitro que actuó a nombre del Municipio fue designado por la Mesa Directiva del Concejo y no por éste, lo que permite deducir sin vacilación alguna que dicho Municipio no estuvo legalmente representado y que la persona que actuó a su nombre carecía de competencia para comprometerlo.

En efecto. El artículo 145 del Código de Régimen Político y Municipal establece que "la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede confiar a cualquier persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado", lo que muestra que la nominación de árbitro para integrar un tribunal de arbitramento sólo puede efectuarla el Concejo y no la Mesa Directiva del mismo, a la que la ley no le concede facultades al respecto.

En consecuencia, carece de validez lo determinado en el Laudo Arbitral que se estudia por falta de competencia del árbitro que intervino a nombre del Municipio, pues su investidura no provino de la única entidad que tenía poder legal para otorgársela: El Concejo Municipal.

Siendo evidente la nulidad indicada, no es necesario considerar los otros aspectos planteados para sustentar el recurso por el apoderado del Municipio de Santa Fe de Antioquia.

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, DECLARA NULO y, por tanto, inexequible, el Laudo Arbitral, pronunciado el 21 de agosto de 1972 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los Municipios del Departamento de Antioquia y el Municipio de Santa fe de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo para su depósito y demás efectos legales.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONFLICTO DE COMPETENCIA

La Corte, por providencia de 23 de noviembre de 1972, resuelve: Es competente para conocer del juicio seguido por Rafael Howel del Villar, contra la Corporación Algodonera del Litoral "Coral", el Juez 2º Civil del Circuito Laboral de Santa Marta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Santa Marta, por auto proferido en la audiencia celebrada el 6 de abril de 1972, en el juicio adelantado por Rafael Howel del Villar contra la "Corporación Algodonera del Litoral "Coral", declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, propuesta por la demandada al contestar el libelo y ordenó enviar los autos al Juez del Circuito Laboral de Barranquilla (Reparto), diciendo que era "el competente", para conocer del proceso.

En firme la resolución del Juzgado, se remitió el expediente al Juez del Circuito Laboral (Reparto) de Barranquilla, en donde correspondió al Juzgado 1º.

El 5 de septiembre del año en curso se celebró audiencia y en ella el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Barranquilla dijo no tener competencia para aprehender el conocimiento del juicio.

Expuso como razones, las siguientes:

"Al tenor de lo dispuesto en el Art. 5º del C. de P. L., la competencia se determina por el lugar en donde se haya prestado el servicio, o por el domicilio del demandado, a elección del actor".

"Según aparece de la demanda, el actor prestó sus servicios en Fundación, Caracolicito, Valledupar, Becerril, Villanueva, Riohacha, San Juan del Cesar, Aguachica, Cereté, Santa Marta, Barranquilla, y Codazzi, es decir, en los Departamentos del Magdalena, Atlántico, Córdoba, Cesar y Guajira, pudiendo en consecuencia escoger para la presentación de la demanda el circuito de Santa Marta".

"De acuerdo con el Art. 86 del Código Civil, el domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales.

"En el caso de autos con los estatutos de la sociedad el domicilio de la sociedad es la ciudad de Santa Marta, de manera que allí es donde debe demandársela, sin que incida para nada que la sociedad está inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla, porque en el certificado presentado no se dice que el domicilio sea Barranquilla".

Con base en lo expuesto, suscitó un conflicto de competencia con el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Santa Marta y solicitó que fuera dirimido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, conforme al artículo 28 del C. de P. C.

Se considera

De acuerdo con el artículo 18 del Decreto ley 528 de 1964, "La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoce: ... 4º De los conflictos de competencia que en asuntos laborales se susciten... entre dos juzgados de distintos distritos judiciales".

Existe pues norma expresa que asigna competencia a la Sala de Casación Laboral de la Corte para dirimir estos conflictos y por tanto, como no hay vacío al respecto, es inaplicable el artículo 28 del C. de P. C., citado por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Barranquilla pues él se refiere a asuntos civiles.

En cambio, en el C. P. L., no existe procedimiento para desatar tales conflictos y por tanto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 del Decreto 2158 de 1948, se aplica por analogía el 140 del C. de P. C. que contiene el trámite a seguir en estos casos.

El texto 140 del C. de P. C., dispone en su inciso primero:

"Siempre que el Juez declara su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente; esta decisión será inapelable. Cuando el Juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente, solicitará que el conflicto se decida por la autoridad judicial que corresponda a la que enviará la actuación".

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Santa Marta, declaró probada la excepción propuesta por la Corporación Algodonera del Litoral. pero para los fines de dirimir el presente conflicto ha de entenderse que lo que manifestó fue su incompetencia, ya que simultáneamente dispuso enviar el expediente al Juez que consideró ser el llamado por ley a conocer del proceso.

La razón para no avocar el conocimiento del juicio, dada por el Juzgado de Santa Marta, radica especialmente en el hecho de que la Corporación tiene su domicilio en Barranquilla.

Para llegar a esta conclusión examinó los hechos 8º y 9º de la demanda, en los cuales se dice que el demandante realizaba cuatro viajes mensuales, "partiendo siempre de Barranquilla" y que a esta ciudad había trasladado sus oficinas la Corporación. Expuso que según el documento de folio 6, el reclamo por prestaciones se había dirigido al "Gerente General Coral en Barranquilla", que igualmente se había allegado al proceso copia del certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla, debidamente autenticado por el Notario 3º de ese circuito y que allí constaba que la demandada se encuentra inscrita en el Registro Público de Comercio desde el 3 de septiembre de 1971 "con sede" en aquella ciudad. Finalmente se basó en los documentos que aparecen a folios 14 a 15, 27, 32, y 37 del cuaderno principal.

Las pruebas reseñadas no indican como lo estimó el Juzgado de Santa Marta, que el domicilio de la Corporación fuera Barranquilla. En efecto, los hechos 8º y 9º de la demanda, según su respuesta, no le constan a la Entidad. El certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla establece sólo el hecho de que la Corporación se inscribió en el Registro Público de Comercio, sin que aparezca en la certificación cuál es su domicilio como lo asevera el Juzgado.

El documento de folios 14 a 15, carece de firma, lo mismo que el del 37; el del folio 27 es un comprobante de pago correspondiente a reparación y postura de repuestos a los equipos de radioteléfono en Santa Marta, Becerril, Villanueva, Codazzi y Valledupar, y el del folio 32 es un anticipo para gastos de viaje a Becerril.

Lo único que se prueba con estos documentos es que la Corporación tiene negocios en Barranquilla.

En cambio, el Juzgado de Santa Marta dejó de examinar, como sí lo hizo el de Barranquilla, la única prueba que determina el domicilio de la Corporación o sea sus Estatutos, en los cuales se establece que aquél es Santa Marta. (Fls. 66 a 85).

El artículo 1º de los mismos dice:

"La entidad se denomina **Corporación Algodonera del Litoral.** Esta Corporación es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, tiene su domicilio en la ciudad de Santa Marta, Departamento del Magdalena, República de Colombia, podrá establecer Agencias y Comités Regionales cuando lo estime conveniente para el mejor cumplimiento de sus fines".

Por otra parte, el Juzgado donde presentó el actor su libelo olvidó que conforme al artículo 5º del C. P. L., la competencia se determina no sólo por el domicilio del demandado sino por el del lugar donde se hayan prestado los servicios, a elección del ac-

tor, y está probado en autos que Howel del Villar efectuó reparaciones en el equipo radiotelefónico de Santa Marta, según lo certifica el Director de esa oficina (Fl. 18) y se acredita con el documento de folio 27.

En estas condiciones y no habiéndose probado, de otra parte, que la demandada tuviese su domicilio en Barranquilla, sino en Santa Marta, de acuerdo a sus estatutos, todo fija la competencia en el Juez de este último lugar.

En la forma anterior se decide el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados 2º del Circuito Laboral de Santa Marta y 1º de Barranquilla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

Resuelve

Primero. Es competente para conocer del presente juicio seguido por Rafael Howel del Villar contra la Corporación Algodonera del Litoral "Coral", el señor Juez 2º del Circuito Laboral de Santa Marta.

Segundo. Notifíquese personalmente esta providencia al representante legal de la Corporación Algodonera del Litoral "Coral".

Tercero. Comuníquese esta resolución al señor Juez 1º Laboral del Circuito de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Juzgado 2º del Circuito Laboral de Santa Marta.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LITISCONSORCIO NECESARIO

La litisconsorcio necesario existe cuando por la naturaleza de la relación jurídico-material a que se refiere el proceso, los litigantes están unidos de tal manera que la sentencia los afecta a todos en una misma forma, en razón de la indivisibilidad de la situación jurídica que impide juzgar por separado a cada uno de los litigantes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

El doctor **Carlos Estrada Escobar**, mayor de edad, abogado, vecino de Cartago, identificado con la cédula de ciudadanía número 2536877 expedida en la misma ciudad, demandó al señor **Martín Castrillón Ruiz**, mayor de edad y vecino de Pereira, para que fuese condenado a pagarle por concepto de honorarios profesionales, la cantidad de cincuenta mil pesos, junto con los intereses legales que se deban desde que los honorarios se hicieron exigibles, y las costas del juicio.

El demandante presentó los siguientes hechos:

"1º El 22 de enero de 1958, los señores Javier Gómez Botero y Antonio Jiménez Gómez demandaron ante el Juez Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, al señor Martín Castrillón Ruiz y otros para que, previa la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 638 de 17 de abril de 1950 otorgada en la Notaría 2ª de esta ciudad, y por virtud de la cual el señor Javier Gómez Botero vendió al señor Martín Castrillón Ruiz la mitad de la finca conocida con el nombre de "Maracaibo", ubicada en jurisdicción de Anserma (Valle), y se condenara a los demandados al pago de perjuicios y de costas.

"2º El 11 de febrero del mismo año de 1958, el señor Martín Castrillón Ruiz me designó su apoderado judicial, para ejercer su representación y defender sus intereses.

"3º En ejercicio del poder a que aludo me opuse a la demanda y en defensa de los intereses que me confiara el señor Castrillón Ruiz empeñé mi capacidad profesional.

"4º Con fecha 29 de septiembre de 1959 profirió sentencia el señor Juez Segundo Civil de este Circuito, y en ella declaró resuelto el contrato de compraventa y condenó en costas a los demandados, atendiendo las súplicas de la demanda.

"5º Contra la sentencia condenatoria de primera instancia interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado o resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago en sentencia de 7 de noviembre de 1966, con la cual se revoca el fallo recurrido, se absuelve a los demandados y se imponen las costas a los actores.

"6º La sentencia del Tribunal de Cartago fue recurrida en casación que se decidió en fallo de julio 28 de 1970 en el cual se invalidó la sentencia de segunda instancia, se revocó el fallo de primera instancia, y se declaró inhibida la Corte para decidir de las súplicas de la demanda, por las razones que el mismo fallo determina, pero que de todas maneras favoreció los intereses de

la parte demandada como quiera que se revocó la condena que profirió el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, al decidir la primera instancia.

"7º Durante las instancias del juicio y en el recurso de casación estuve siempre presente aportando pruebas, formulando alegaciones, interponiendo recursos y ejerciendo la completa vigilancia del negocio durante largo lapso de su trámite que casi cumple 13 años.

"8º Esta gestión profesional la cumplí sin haber recibido de mi cliente, el señor Martín Castrillón Ruiz un solo centavo ni para gastos ni por concepto de honorarios.

"9º Cumplido mi encargo porque el juicio terminó, le rendí informe al señor Martín Castrillón Ruiz, remitiéndole copia de la parte pertinente de los fallos, y se acercara a mi oficina con el objeto de que me pagara el valor de mis honorarios profesionales, sin siquiera haber logrado una respuesta de cortesía.

"10. La propiedad denominada "Maracaibo" que fue materia del juicio en la sanción resolutoria a que aludo, tiene un valor aproximado, en la actualidad, de dos millones de pesos.

"11. El mandato judicial está comprendido entre los servicios profesionales que deben pagarse, y, consiguientemente tengo derecho a que el señor Martín Castrillón Ruiz me pague los honorarios profesionales que me corresponden por las gestiones que le presté a instancias de él, en virtud del poder que me confirió.

"12. Habida cuenta de la importancia del negocio, de su duración, del éxito obtenido y del celo con que desempeñé mi encargo, estimo el valor de mis honorarios en la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00), o en subsidio, el precio que pericialmente se determine en virtud de dictamen pericial".

Los hechos fueron contestados así:

"**Al hecho primero**: Es cierto en parte y aclaro. El doctor Fernando Hedmon, abogado titulado e inscrito, y en su condición de personero judicial de los señores, Javier Gómez Botero y Antonio Jiménez Gómez, demandó en juicio ordinario civil de mayor cuantía ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, y en demanda de fecha 22 de enero del año de 1958, a los señores, Martín Castrillón Ruiz, doctor Carlos Estrada Escobar —actual demandante— Marcelino Echeverri —representado en la litis, por los herederos legítimos de éste, de nombres, Adela, Hernando, Jaime, Guillermo, Ligia Echeverri, doctor Lisandro Franky Alzate, Bernardino Alvarez, Joaquín Montoya Freydel, Manuel Montoya V., Caja de Crédito Agrario, representada por el Director de la Caja de entonces, señor Simón Elías Villegas, de esta ciudad. A excepción de la Caja Agraria, el doctor Estrada Escobar recibió poderes de los demandados ya expresados, los que ejercitó dentro del juicio conjuntamente, unas veces hablando en su propio nombre, como demandado, y otras a nombre de algunos de sus representados, pero jamás en nombre exclusivamente del señor Martín Castrillón, ya que, en la contestación de la demanda a nombre de Martín Castrillón, la hizo conjuntamente a nombre del demandado Joaquín Montoya Freydel, de quien era también apoderado, como se demostrará oportunamente;

"**Al hecho segundo**: Es cierto.

"**Al hecho tercero**: Es cierto que se opuso a la demanda, lo que hizo conjuntamente y en el mismo memorial incluyendo en la contestación al demandado Joaquín Montoya Freydel, de quien era su apoderado. Anoto que los términos de la contestación de la demanda de los demandados y de quienes recibió y ejercitó para representarlos —los poderes respectivos, son idénticos, breves, lo mismo que en su significado conceptual—. Y ello, por cuanto el motivo de la controversia, comportaba unidad en la causa o derechos a defender, por razones de técnica procesal.

"**Al hecho cuarto**: Es cierto.

"**Al hecho quinto**: Es cierto que interpuso recurso de apelación en su propio nombre como demandado. Ignoro si lo hizo a nombre de sus representados. Es cierto que el fallo de primera instancia fue revocado por el Tribunal, en sentencia de 7 de noviembre de 1965.

"**Al hecho sexto:** Es cierto que la Corte Suprema —Sala Civil— casó la sentencia del Tribunal, revocando el fallo de primera instancia, y declarándose la Corte Suprema inhibida para conocer y decidir de las súplicas de la demanda ordinaria de resolución por deficiencias sustanciales de orden procedimental en la formulación de la demanda por parte del personero judicial de los actores, que equivale a la partida de defunción procesal del juicio.

"**Al hecho séptimo:** Estima el suscrito que la diligencia y capacidad profesional del doctor Estrada Escobar aportada en las instancias del juicio, no se debió exclusivamente en la defensa de los derechos del señor Martín Castrillón Ruiz, sino también la defensa de sus otros representados que tenían la misma causa por defender, y el mismo interés que tenía el mismo doctor Estrada Escobar de proteger sus derechos de un fallo adverso en su condición de demandado, y por sobre toda otra consideración el de su bien logrado prestigio profesional que importa más preservar por encima de cualquiera satisfacción de orden económico.

"**Al hecho octavo:** Ignoro este hecho. Por tanto, lo niego.

"**Al hecho noveno:** Ignoro este hecho.

"**Al hecho décimo:** Ignoro este hecho. Que lo demuestre el actor.

"**Al hecho undécimo.** Ignoro este hecho. Que lo demuestre el actor. Advierto que mi mandante le ha entregado dineros al doctor Estrada Escobar por concepto de honorarios, según me lo ha manifestado.

"**Al duodécimo:** La estimación que hace de sus honorarios profesionales en la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) moneda corriente, es esencialmente subjetiva y por lo tanto, muy personal. Lo que sí observo de paso, y con razones muy valederas, es la fundada opinión de que el demandado Castrillón Ruiz vendría a pagar la defensa de todos los demandados en número de seis —incluyendo al mismo doctor Estrada Escobar en su condición de demandado—.

De consiguiente no acepto este hecho".

El demandado se opuso a las pretensiones del demandante, solicitó que fuera condenado en costas y propuso como excepción el abuso del derecho, por reclamarse de una persona lo que benefició a varios.

En la primera audiencia de trámite, el actor corrigió la demanda para agregar al primer hecho lo siguiente: "Como quiera que la acción que se propuso fue la de resolución del contrato de compraventa contenido en la citada escritura Nº 638 de 17 de abril de 1950, fueron citadas al juicio como demandadas otras personas a fin de que, como es natural, si se declarara la resolución del contrato les perjudicara el fallo como causahabientes del bien que el señor Castrillón Ruiz adquirió. Los otros demandados, caso de declararse la resolución del contrato, necesariamente tendrían que ser saneados por el señor Castrillón Ruiz. Lo cual implica que con el éxito profesional que obtuve en la defensa de los intereses del señor Castrillón, lo libré de los perjuicios que le hubieran ocasionado por la resolución del contrato".

La corrección de la demanda también incluyó la solicitud de prueba testimonial.

Al contestar la reforma del libelo, el apoderado del demandado manifestó que ignoraba lo agregado al hecho primero y que interrogaría a los testigos anunciados, para demostrar que en el juicio civil habían intervenido varias personas como demandadas y no solamente el señor Martín Castrillón Ruiz.

El Juez Laboral del Circuito de Cartago, en sentencia de diez de septiembre de mil novecientos setenta y uno, condenó a Martín Castrillón Ruiz a pagar al doctor Carlos Estrada Escobar la cantidad de cincuenta mil pesos por concepto de honorarios profesionales, y las costas del juicio, absolvió por los intereses. Apeló el apoderado del demandado.

El Tribunal Superior de Cali, en providencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno, revocó el fallo apelado, se declaró inhibido para resolver, por no haberse formado el litis consorcio necesario, y dejó de imponer costas en las instancias. Interpuesto por el demandante el recurso de casación, fue inicialmente concedido por el Tribunal, pero ante reposición solicitada por el apoderado del señor Cas-

trillón, se negó el recurso, y como llegase a la Corte por el de hecho, se consideró mal denegado el de casación y se ordenó que se remitiera el expediente para conocer del recurso extraordinario. En la tramitación, la Corte admitió también el recurso y calificó la demanda, por lo cual se procede a resolver sobre la acusación.

El recurso

Con él se pretende la casación total de la sentencia de segundo grado y la confirmación del fallo de primera instancia, lo cual se busca a través de un cargo. No hubo escrito de oposición.

El cargo

Fue presentado de la siguiente manera: "Cargo único. Causal primera del Art. 85 del C.P.T.: La sentencia es violatoria de los Arts. 2054 y 2184, 3º C.C., en función de los Arts. 2063 y 2069 ibídem. en forma directa o por falta de aplicación, derivada de violación del Art. 2184, 3º C.C., en función de los Arts. 1595 y 2152 ibid., por interpretación errónea: de los Arts. 1895 y 1904 C.C. por interpretación errónea o por aplicación indebida, y de los Arts. 1568 y 1583 C.C. en forma directa o por falta de aplicación".

El impugnador afirma que en el juicio trata de la declaración de existencia de un contrato de mandato y de la condena al pago de los honorarios respectivos, que el encargo de la gestión de uno o varios negocios por cuenta y riesgo de quien lo confiere, puede ser gratuito o remunerado, que la retribución se determina por la voluntad de las partes, por la ley o por el juez, que el mandante es obligado a pagar al mandatario la remuneración convenida o usual, y que si no se estipula precio, se entenderá que se convino el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste el que determine como equitativo el perito.

Agrega el acusador que establecida la celebración del contrato de mandato entre las partes, demostrada la ejecución íntegra y satisfactoria del encargo, no habiéndose convenido retribución y estando ella determinada por el perito, debía hacerse el pronunciamiento solicitado.

Advierte el censor que la infracción directa de las normas se produjo porque el fallador a pesar de encontrar establecidos todos los elementos indicados, dejó de producir la condena porque consideró que existía un litis consorcio necesario y no habían sido demandados los otros poderdantes.

Analiza el recurrente la noción de litis consorcio necesario y explica que aunque exista pluralidad de mandantes y pluralidad de mandatarios o ambas cosas, no es necesario que los problemas que resulten entre un integrante de una parte y uno de la otra, hayan de ventilarse con audiencia de todos los componentes de ambas partes.

Advierte el atacante que cuando una persona recibe simultáneamente o sucesivamente poder de todos los integrantes de una parte demandada o demandante, o de varios de ellos dentro de un proceso, para que defienda sus intereses respectivos, independientes, distintos y propios, no existe un solo contrato entre ellos y el mandatario, ni resulta una relación jurídica unitaria, que haga indivisible cualquier diferencia entre un poderdante y el mandatario, que exija intervenir a todos los poderdantes.

Considera el acusador que no hubo un solo contrato como lo parece entender el juzgador, sino que con cada uno de los poderdantes existió una vinculación diferente, con otorgamiento de poderes en épocas diversas, por mandantes que tenían intereses dispares y que fueron llamados al juicio por razones no iguales, para responder de situaciones y circunstancias diversas.

También advierte el censor que si el *adquem* estimó que al demandante se le reclamaba el valor de los honorarios por los servicios prestados a todos, no cabía el fallo inhibitorio, sino el condenar a menos de lo pedido, a lo que debía el demandado.

Muestra el recurrente el absurdo que resultaría cuando en las obligaciones divisibles todos los deudores menos uno hubieran solucionado sus obligaciones aun provenientes de un mismo contrato, y para perseguir el renuente fuera necesario demandarlos a todos.

Explica el acusador el carácter en que fueron demandados cada uno de los poder-

dantes del doctor Estrada y rechaza la consideración de la sentencia sobre la evicción.

El cargo termina con las siguientes conclusiones:

"El Tribunal se abstuvo de declarar la existencia de una obligación cierta y de condenar a su pago al demandado, con violación directa, falta de aplicación de los preceptos que prescriben esa obligación a cargo del mandante (2054 y 2184 C.C.). Ese quebranto fue el resultado de otras transgresiones de normas sustanciales: Se dijo que la relación jurídica base de las pretensiones aducidas en este proceso, exigía un litis consorcio necesario con los otros mandantes del doctor Estrada, de por sí y por las repercusiones del fallo en los deberes de saneamiento por evicción. Y ese razonamiento traduce una violación por interpretación errónea o por aplicación indebida, de las reglas sobre la integración de las partes (1595 y 2152 C.C.), y sobre el deber propio e independiente de cada mandante de remunerar al mandatario (2184 - 3º C.C.) y sobre el saneamiento por evicción (1895 y 1904), por cuanto aquel corre de cuenta del vendedor y no del comprador y comprende las agencias en derecho o en el proceso donde se produjo la evicción, y no los honorarios pactados o apreciados en proceso aparte; como también presupone una violación, directa o por falta de aplicación, de los artículos relacionados con las obligaciones divisibles (de pagar una suma de dinero), (1568 y 1583 C.C.) que consagran la independencia de la deuda de cada obligado y rechazan toda subordinación del débido y la responsabilidad de cada quien respecto de los de otros codeudores".

Se considera

En la sentencia acusada se dijo:

"En concepto de la Sala, si lo que trata de valorarse en este juicio es la gestión profesional cumplida por el actor dentro del juicio civil, para deducirse la condena a que se aspira, se ha debido citar a todos los poderdantes del doctor Estrada Escobar, para que con audiencia de ellos se entablara el debate y se hicieran los pronunciamientos consecuenciales, pues se está frente a litis consortes necesarios, cuya ausencia en este plenario debe conducir a un fallo inhibitorio. Sería impropio del Juzgador entrar a pronunciarse si es o no del exclusivo cargo del demandado el pago de la gestión profesional que se cumpliera en el juicio de carácter civil a que se ha hecho referencia, siendo que para ella recibió poder de diferentes personas, o entrar a calificar sin la audiencia de estas otras, la cuantía de tales gestiones profesionales y la proporcionalidad en que debiera repartirse entre los diferentes mandantes o disponer sobre los derechos de repetición que unos pudieran ejercer respecto de otros, pues estamos en presencia, como se ha dicho, de un clásico caso de litis consorcio necesario en la parte demandada, integrada por todos los que otorgaron poder en el juicio civil, al actual demandante doctor Carlos Estrada Escobar.

"Sería precipitado pronunciarse sobre las obligaciones recíprocas que pudieran corresponder a los consortes necesarios, en ausencia de estos, cuando en la misma demanda civil se está diciendo que cuando Martín Castrillón transfirió a Marceliano Echeverri por escritura Nº 993 de 27 de septiembre de 1950, éste se obligó a responder de los créditos hipotecarios (hecho 5º). Asimismo se dice que Manuel Montoya Vélez, Lisando Franky Alzate, Bernardo Alvarez O. y Carlos Estrada Escobar asumieron dichos créditos cuando adquirieron de los herederos de Marceliano Echeverri la mitad del mismo inmueble 'Maracaibo' por escrituras públicas 783 de 2 de octubre de 1951, de la Notaría 1ª de Cartago y 657 de 25 de febrero de 1952, de la Notaría 1ª de Cali (hecho 6º), al igual que dice se comprometieron a ello Manuel Montoya Vélez y Lisandro Franky Alzate cuando adquirieron los derechos de Bernardino Alvarez O. y Carlos Estrada Escobar (hecho 8º). Todo ello entraña un debate en que forzosamente deben intervenir todos los poderdantes del doctor Carlos Estrada Escobar en el juicio civil, puesto que son materias que están íntimamente ligadas con el saneamiento y evicción de lo vendido, obligaciones que pueden llegar a repercutir sobre la determinación de quienes sean los obligados a responder de los honorarios profesionales que se reclaman por las gestiones en dicho juicio cumpli-

das, todo a la luz del Capítulo 7º, Título 23 del Libro 4º del Código Civil y las situaciones que respecto de cada uno de los poderdantes pudieran deducirse por aplicación del artículo 1895 de la misma obra, según el cual "El vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario".

El litis consorcio necesario existe cuando por la naturaleza de la relación jurídico-material a que se refiere el proceso, los litigantes están unidos de tal manera que la sentencia los afecta a todos en una misma forma, en razón de la indivisibilidad de la situación jurídica que impide juzgar por separado a cada uno de los litigantes.

El artículo 51 del Código de Procedimiento Civil dice:

"Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litis consortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposiciones del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos".

El artículo 83 de la misma obra expresa:

"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto a los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieran en dichos actos...".

El litis consorcio necesario resulta de una determinación legal, como cuando la norma dice que ha de procederse contra todos los deudores, para que el crédito sea efectivo, o de la naturaleza misma de la obligación por ser ella indivisible.

El litis consorcio necesario emana de una cuestión puramente sustantiva, ya que arranca de una relación jurídica que no permite decisión para cada demandante o demandado, sino que exige una determinación igual para todos los litigantes, lo cual hace que una forma procesal se configure o deje de nacer por razón de la cuestión sustancial que se discute.

La pluralidad de sujetos que forman una parte puede simplemente constituir un litis consorcio facultativo, pues para que sea necesario ha de existir tal unidad en la relación jurídica, que no puede darse en un sujeto sin que lo haya también en los demás, por ser indivisible, lo cual exige que la constitución, modificación o terminación de dicha relación sea igual y simultánea para todos.

Si en el juicio se reclamara del demandado toda la retribución de los servicios prestados a los poderdantes, se tendría que se estaba pidiendo lo que en parte no se debía, por lo cual necesariamente la condenación se habría de contraer a lo debido por Martín Castrillón Ruiz.

Si con cada poderdante se celebró un convenio separado, no se puede entender que lo debido por ellos es un todo indivisible, sino que cada uno tiene una obligación de pagar honorarios, distinta de la de cada uno de los otros poderdantes. Si se hubiere celebrado un solo contrato para la prestación de los servicios profesionales a todos los poderdantes, tampoco la obligación de ellos sería indivisible, porque las cuotas iguales o diferentes, serían obligaciones exigibles separadamente, ya que la solidaridad ha de ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley (Art. 1568 C.C.) y la obligación de pagar una suma de dinero es obligación divisible según el artículo 1561 del C.C.

Las consideraciones anteriores muestran que en las obligaciones de los varios poderdantes respecto a los honorarios que deban al mandatario, no se presenta el fenómeno del litis consorcio necesario.

El sentenciador dice que es impropio sin la audiencia de los demás poderdantes, entrar a calificar la cuantía de las gestiones profesionales y la proporción en que debe repartirse entre los diferentes mandantes. Esta afirmación destruye precisamente toda idea del litis consorcio necesario, pues si existe la posibilidad de repartir la obligación entre varios demandantes, la pretensión no es única, indivisible, ni la sentencia es uniforme para todos, luego no se presenta el fenómeno que el ad-quem invocó para dejar de aplicar las normas que el impugnador indicó violadas por infracción directa (Arts. 1568 y 1583 del Código Civil).

En efecto, admitido el contrato de mandato entre las partes, el cumplimiento de la gestión profesional y la falta de estipu-

lación de los honorarios, se imponía mediante la estimación del dictamen pericial, la condenación por el valor determinado como equitativo, según lo disponen los artículos 2054, 2063, 2069, 2184, numeral 3º, del Código Civil que resultan violados por infracción directa en razón de su falta de aplicación.

El cargo Prospera.

Consideraciones de instancia

Con la respuesta dada al libelo y con las copias del juicio civil en que se ejercitó la gestión profesional, se estableció el mandato que recibió el doctor Estrada del señor Castrillón, se demostró el cumplimiento del encargo profesional y se determinó la importancia de los derechos defendidos. El dictamen pericial rendido en la primera instancia, que aparece debidamente fundado, señala como valor equitativo de los honorarios profesionales, la cantidad de cincuenta mil pesos moneda corriente.

Según el artículo 2144 del C.C., los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto a terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

De acuerdo con el artículo 2184 de la misma obra, el mandante es obligado a pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual.

Las obras inmateriales o en que predomine la inteligencia sobre la obra de mano, se sujetan a las disposiciones de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059, según preceptúa el artículo 2063 del Código Civil.

El artículo 2054 de dicho estatuto determina que si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimare equitativo, a juicio de peritos.

Los hechos demostrados y las normas citadas, imponen la condenación del demandado a pagar al demandante el valor de los honorarios fijados por el perito.

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, CASA la sentencia de veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio laboral del doctor Carlos Estrada Escobar contra el señor Martín Castrillón Ruiz, y obrando como tribunal de instancia, confirma la sentencia de diez de septiembre de mil novecientos setenta y uno, dictada en el mismo juicio, por el Juez Laboral del Circuito de Cartago, con costas para el apelante.

Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y envíese el expediente al Tribunal de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ESTABLECIMIENTO BANCARIO

El artículo 1º de la Ley 45 de 1923 define así el establecimiento bancario: "Las palabras establecimiento bancario significan todo individuo, corporación, sociedad o establecimiento que hace habitualmente el negocio de recibir fondos en depósito general o de hacer anticipos en forma de préstamo, o de efectuar descuentos, o cualesquiera de estas operaciones".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá. D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Carlos Francisco Díaz Niño, demandó por medio de apoderado judicial a la Compañía Urbanizadora El Batán S. A., representada e intervenida por la Superintendencia Bancaria, a quien a su turno la representa el señor Superintendente Bancario, a fin de que, previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre demandante y demandada desde el veintitrés de agosto de mil novecientos sesenta y seis hasta el cuatro de febrero de mil novecientos sesenta y siete, se la condenase a pagarle salarios, primas, vacaciones y cesantía causados y no pagados; indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa e indemnización por falta de pago.

Según los hechos de la demanda, Carlos Francisco Díaz Niño ocupó el cargo de Gerente de Urbanizadora El Batán S. A., desde agosto 26 de 1966, cuando fue nombrado según acta Nº 41, hasta el 4 de febrero de 1967, fecha en que fue separado de sus funciones normales de trabajo, por culpa del patrono y por causa ilegal e injusta; la cantidad asignada a la gerencia como remuneración era de $ 10.000.oo., más $ 5.000.oo de gastos de representación. El 26 de octubre de 1966 mediante Resolución 398 del día anterior, la Superintendencia Bancaria intervino a Urbanizadora El Batán S. A., para representarla en todos los actos de administración y gestión, según lo previsto en el Decreto 979 de 1966 y la Ley 45 de 1923, y ordenó que el demandante continuara en el desempeño de su cargo como Gerente. Hasta la fecha de la demanda no se le habían cancelado a Carlos Francisco Díaz Niño los conceptos salariales y prestacionales reclamados en el juicio.

Notificada la demanda al Superintendente Bancario, fue contestada por medio de apoderado judicial, quien manifestó no constarle los hechos. Propuso las excepciones dilatorias de incompetencia de jurisdicción, por cuanto la Superintendencia Bancaria es una entidad de carácter oficial que forma parte del Estado, de conformidad a los Decretos 1050 y 3131 de 1968, y de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandada, por ser la Superintendencia Bancaria una entidad oficial que en ningún momento ha ocupado la gerencia o representación legal de la "Compañía Urbanizadora El Batán S. A.". También propuso las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería, sustantiva de la parte demandada, cobro de lo no debido, carencia de acción en el demandante, falta de título y de causa en el demandante, falta de obligación en la demandada y la de pago, sin que implique reconocimiento de derecho alguno.

En la primera audiencia de trámite el Juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones dilatorias, y cumplido el trámite de la primera instancia,

desató la litis en sentencia de catorce de agosto de mil novecientos setenta, cuya parte resolutiva dispuso: "**Primero. Condénase** a la empresa denominada **Compañía Urbanizadora El Batán S. A.**, representada e intervenida por la **Superintendencia Bancaria** representada ésta por el **Superintendente Bancario**, a pagar al señor **Carlos Francisco Díaz Niño**, identificado con la c.c. No. 2908211 de Bogotá y demás condiciones civiles anotadas en autos, las siguientes sumas de dinero, tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia: a) **Cuarenta y ocho mil trescientos treinta y tres pesos con veinticinco centavos** ($ 48.333.25) M/cte. por concepto de salarios. b) **Tres mil cuatrocientos setenta y dos pesos con veintidós centavos** ($ 3.472.22) M|cte., por concepto de prima de servicios. c) **Cuatro mil veintisiete pesos con setenta y siete centavos** ($ 4.027.77) M|cte., por concepto de cesantía. d) **Quince mil pesos** ($ 15.000.oo) M|cte., por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. e) **Trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos** ($ 333.33) M|cte.. diarios, a partir del veinte (20) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967) hasta el día en que la demandada le pague al actor las deudas laborales insolutas, por concepto de indemnización por falta de pago (Art. 65 del CST). **Segundo. Condénase** en costas a la Empresa demandada. **Tásense. Tercero. Absuélvase** a la Empresa demandada del pago de vacaciones solicitado en la demanda. **Cuarto. Declárase no probadas** las excepciones perentorias propuestas por el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria al contestar la demanda". Apeló el apoderado de la parte demandada. La Sala Laboral del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** en sentencia de diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y dos desató la alzada en la siguiente forma: "**Primero. Revócase** el literal d) del Punto Primero del fallo apelado y, en consecuencia, **se absuelve** a la parte demandada de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo. **Segundo. Modifícase** la condena por indemnización moratoria, en el sentido de que los respectivos salarios caídos comenzarán a contarse desde el día 5 de febrero de 1967. **Tercero. Confírmase** al fallo recurrido en todo lo demás. **Cuarto. Sin Costas** en esta instancia".

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la entidad demandada fue concedido por el Tribunal Superior; admitido por la Corte y tramitado en legal forma, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

La formula así el recurrente: "Aspiro a que la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia gravada para que, en su lugar, como **ad-quem**, modifique la decisión de primer grado en cuanto por ella se condenó a la entidad que represento a pagar las sumas a que se refiere dicho proveído y en su defecto se le absuelva de todos los cargos formulados en su contra. Subsidiariamente aspiro a que la case en forma parcial, revoque la indemnización moratoria y condena en cuanto hace a los denominados salarios caídos y se absuelva en este respecto a la sociedad demandada que represento".

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la providencia recurrida de haber violado directamente, por interpretación errónea, los artículos 1º, 48, 51, 53, 57, 59, 60 y 64 de la Ley 45 de 1923; los artículos 5º y 6º de la Ley 57 de 1931 que sustituyeron a los de la Ley 45 de 1923 antes indicados. Los artículos 1º, 12, 13, 14 y 19 de la Ley 66 de 1968; los artículos 1º, y 9º del Decreto 219 de 1969. Esta interpretación errónea, fue la violación de medio para la aplicación indebida de los artículos 61, 64, 65, 249, 306 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 7º del Decreto 1373 de 1966; artículo 6º, literal e) del Decreto 2351 de 1965; artículo 5º de la misma obra; artículo 8º, numeral 4, literal a) del Decreto 2351 de 1965. A estas infracciones llegó el sentenciador a consecuencia de los siguien-

tes errores de interpretación legal: a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la competencia para tramitar el proceso ordinario formulado por Carlos Francisco Díaz Niño contra la Compañía Urbanizadora "El Batán S. A.", estaba en los Jueces Laborales de Bogotá, al no admitir la incompetencia de jurisdicción propuesta tanto ante el Juez del conocimiento como ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. b) No haber dado por demostrado, estándolo, que la Compañía Urbanizadora "El Batán S. A.", habiendo sido intervenida por la Superintendencia Bancaria por medio de la Resolución 398 de 1965, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 979 de 1966, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 57 de 1931, sustitutiva del artículo 48 de la Ley 45 de 1923, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 45 de 1923, estaba sometida a un grado especial de jurisdicción, ya que no se podía adelantar embargo o acción contra alguno de los haberes de un establecimiento intervenido por la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de lo dispuesto en la ley indicada. El fallo proferido es el producto de la interpretación errónea dada por el adquem al texto de las Leyes y Decretos transcritos y que en forma privativa fijaban la competencia en la Superintendencia Bancaria para atender a las reclamaciones de quienes tuvieran que hacer valer un derecho contra la Sociedad intervenida por la Superintendencia Bancaria. Así el artículo 53 de la Ley 45 de 1923, dice: ' "Cuando el Superintendente haya tomado posesión de los haberes y negocios de algún establecimiento bancario, deberá inmediatamente dar noticia de tal hecho a cualesquiera personas que tengan cualquier parte del activo de dicho establecimiento. Ninguna de tales personas que tenga noticia o conocimiento de que el Superintendente ha tomado posesión tendrá derecho a embargo o acción contra alguno de los haberes de tal establecimiento bancario, por cualquier pago, anticipo o compensación hecha de allí en adelante, u obligaciones contraidas, después' ". Y resulta que la toma de posesión por parte de la Sociedad demandada se hizo según Resolución 398 de octubre 25 de 1966, expedida por la Superintendencia Bancaria y aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los ordinales 2º y 3º del artículo 64 de la Ley 45 de 1923 dicen: ' "Cuando haya expirado el plazo dentro del cual el Superintendente debe aceptar o rechazar una reclamación, y en cualquier tiempo dentro de los seis meses siguientes, un reclamante cuyo reclamo haya sido presentado debidamente y no haya sido aceptado, podrá iniciar y adelantar acción civil contra el establecimiento bancario. No podrá adelantarse ninguna acción contra un establecimiento bancario mientras el Superintendente se halle en posesión de los negocios de aquél a menos que se haya iniciado dentro del período que se señala en el inciso anterior. En todas las acciones o diligencias judiciales que se inicien contra un establecimiento bancario, mientras el Superintendente se halle en posesión del activo y negocios de aquél, el demandante deberá alegar y probar que el reclamo motivo de la acción civil fue debidamente presentado, que han transcurrido sesenta días desde la expiración del plazo concedido para presentar tal reclamo y que éste no ha sido aceptado' ". Es muy clara la ley al decir que no podrá adelantarse ninguna acción mientras permanezca el establecimiento bancario bajo la posesión del Superintendente, circunstancia violada por el Tribunal de Bogotá y el Juez del conocimiento. En el Art. 19 de la Ley 66 de 1968 se dice que la liquidación de la sociedad intervenida se llevará a cabo de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley 45 de 1923, y este procedimiento no fue respetado por el Honorable Tribunal ni por el Juez del conocimiento, ya que no se admitió la evidente incompetencia de jurisdicción de la Justicia Ordinaria Laboral. En consecuencia, la ley en forma expresa fija un procedimiento para liquidar las sociedades asimiladas a establecimientos bancarios como la sociedad demandada, al decir el Art. 19 de la Ley 65 de 1968 que se utilizaría como vía procesal la señalada por la Ley 45 de 1923, luego no hay duda de la violación legal en que incurrió el Tribunal de Bogotá en la sentencia, materia de la casación. Así, cuando se presentó la demanda, el 10 de diciembre de 1968, ya la Sociedad demandada estaba bajo la tutela del Estado a través de la Superintendencia Banca-

ria. El Honorable Tribúnal Superior de Bogotá violó la ley en forma directa por interpretación errónea. (Págs. 277-8-9-80 y 81 del Cuaderno Principal). Afirma que la Compañía Urbanizadora "El Batán S. A.", no es un **establecimiento bancario**, cuando lo cierto es que en reiterada doctrina de la propia Superintendencia Bancaria se ha estimado como tales a las entidades que se dedican a la construcción de vivienda y por analogía se han asimilado a **establecimientos bancarios**. Así vemos, cómo la Superintendencia se apoya en la 'Ley Bancaria', la 45 de 1923, para orientar su intervención respecto de la sociedad demandada, entre otras. Y en ese mismo orden de ideas cita la Ley 57 de 1931. la Ley 66 de 1968 y el Decreto 219 de 1969. Textos que se refieren a la regulación de las actividades de vivienda, partiendo del hecho cierto de que se tratan de **establecimientos bancarios**. Existe, pues, una grave y errónea interpretación de la ley por parte de la Sala Laboral del Honorable Tribunal de Bogotá, y del Juez del conocimiento, al no inferir que de las disposiciones que se comentan, se radica la competencia de todas las acciones que se propongan a sociedades intervenidas por la Superintendencia Bancaria en esta entidad y no en la jurisdicción ordinaria laboral por expresa indicación legal. (Artículo 53 de la Ley 45 de 1923). (Art. 64 de la Ley 45 de 1923). Se incurrió en error violatorio por vía directa de la ley sustantiva al dar por cierto, sin estarlo; que era la Justicia Ordinaria quien debía conocer del presente proceso y por ello se formularían las condenas contenidas en el fallo materia del recurso extraordinario de casación y cuya casación total solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia. Sobre este punto reitero la solicitud contenida en 'el alcance de la impugnación' ".

El apoderado del actor en el juicio resume así los argumentos de su oposición:

"a) Falta de técnica en la formulación de este cargo, ya que se plantearon la violación directa, por interpretación errónea, aplicación indebida, errores in procedendo, que han debido formularse en cargos separados; b) Por no ser aplicables las normas de la ley de Bancos —Ley 45 de 1923— y Ley 57 de 1931, en los artículos de la ley sustancial citados por el recurrente. c) Agréguese a ello que si el artículo 64 de la Ley 45 de 1923 es una norma de derecho procesal, de consiguiente, de orden público, en sana hermenéutica jurídica, es de restrictiva interpretación, con lo que se quiere significar, a contrario sensu, que pueden adelantarse todas las acciones contra establecimientos distintos de los bancarios, aunque el Superintendente se halle en posesión de los negocios de dichos establecimientos. d) Si además, el C.S. del T. y el Código Procesal Laboral son posteriores a la ley de Bancos, y estas codificaciones son especiales respecto de las cuestiones sometidas a la jurisdicción del trabajo, conforme al artículo 5º de la Ley 67 de 1887, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, y la ley posterior prevalece sobre la ley anterior, ya que en caso de que una ley posterior sea contraria a una anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplica la ley posterior (Art. 2º, de la Ley 153 de 1887)".

Se considera

El Tribunal Superior en relación con la competencia de la jurisdicción laboral para conocer del negocio **sub-lite**, dijo lo siguiente:

"Así las cosas, cabe analizar el planteamiento que la entidad demandada ha formulado a esta jurisdicción sobre la aplicación, al caso **sub-lite**, del inciso 3º del artículo 64 de la Ley 45 de 1923, que preceptúa que "No podrá adelantarse ninguna acción contra un establecimiento bancario mientras el Superintendente se halla en posesión de los negocios de aquél, a menos que se haya iniciado dentro del período que señala el inciso anterior. El período señalado por el inciso anterior es el referente a: 'Cuando haya expirado el plazo dentro del cual el Superintendente debe aceptar o rechazar una reclamación y en cualquier tiempo dentro de los seis meses siguientes'." No sobra tener en cuenta, que el Superintendente dispone de un término de ocho meses (artículo 60 de la Ley 45 de 1923) a partir de la fecha de aviso que se da a las personas que tengan reclamaciones pendientes, para esperar las respuestas

de los reclamantes, finalizado el cual, debe contarse el término adicional de sesenta días (artículo 63), para aceptar o rechazar dichas reclamaciones, que es cuando comienza a contarse los seis meses siguientes de que habla el inciso aludido en la parte transcrita del artículo 64. Lo que hay que averiguar ahora es si la Compañía Urbanizadora de El Batán S. A., que es una empresa de las aludidas en el artículo 32 del Decreto legislativo 2349 de 1965 y en el artículo 40 del Decreto 979 de 1966, es, ciertamente, un '"establecimiento bancario'", como para que a tal Compañía le sean aplicables las disposiciones del artículo 64 de la Ley 45 de 1923. Esta ley trae en su artículo primero, para el '"establecimiento bancario'" una definición legal, que no encaja en las definiciones descriptivas de los artículos 32 y 40 citados. Y, ya se dijo ni el Decreto legislativo 2349 de 1965, ni el reglamento 979 de 1966, contienen disposición alguna que vinculen la mencionada Compañía en las normas de la Ley referida. En el caso de la nulidad del negocio de quiebra de '"Seguros América S. A.'" (folios 100 a 108), pudo el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, fundamentar su decisión en un elemento que falta en el negocio sub-lite. La fundamentó en la existencia de una norma expresa que ordena que a los negocios de seguros se le aplican las disposiciones de la Ley 45 de 1923. Así se expresa la Ley 105 de 1927, en su artículo 27: '"En virtud de la supervigilancia conferida a la Superintendencia por la Ley 68 de 1924, esta oficina podrá ejercer respecto de las compañías de Seguros las facultades que le confiere la Ley 45 de 1923, sobre toma de posesión y liquidación de las Compañías de Seguros, en cuanto dichas disposiciones sean aplicables, debiendo tenerse como quebranto grave del capital de una compañía, para efectos del ordinal 7º del artículo 48 de dicha ley, el que lo reduzca a menos del 25% (sic) del capital pagado'". En cuanto al negocio decidido por el H. Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 7 de noviembre de 1968 (folio 109 a 113), el asunto versaba sobre el Banco Comercial de Barranquilla, que sí está regulado por la Ley 45 de 1923, conforme lo previenen los artículos 1º y 2º de dicho estatuto. No sobra expresar que las disposiciones posteriores a la fecha en que la Superintendencia Bancaria tomó posesión de los negocios de la Compañía Urbanizadora de El Batán S. A., el 25 de octubre de 1966, y también a la fecha de la presentación de la demanda: el 10 de diciembre de 1968, no son aplicables al caso sub-lite, por razones obvias. Entre las cuales se encuentran las de la Ley 66 de diciembre 26 de 1968, las del Decreto 219 de 1969, que reglamenta algunas de las disposiciones de la ley aludida; las del Decreto 1050 de 1968, que define las funciones de una Superintendencia. Dentro del marco legal, que le es propio, se tiene que nada se oponía a que la Compañía Urbanizadora El Batán S. A., ya intervenida por la Superintendencia Bancaria, fuera demandada ante la jurisdicción del trabajo. Según el texto del inciso segundo del artículo 32, la Superintendencia Bancaria estaba facultada para ordenar la inmediata liquidación de la Empresa. Consta en el proceso —en la Resolución número 102, de marzo 20 de 1967, prueba de oficio (Fl. 196)— que dicho funcionario designó primeramente a los doctores Ernesto Lucena Quevedo y Eduardo Rodríguez Orjuela —empleados de su despacho— y luego a los doctores Alberto Díaz Rubio y Alfonso Botero Isaza, agentes especiales suyos, para la liquidación de algunas sociedades, entre las cuales se encuentra la Compañía Urbanizadora de El Batán S. A., —representada por el Superintendente Bancario o por su Agente Especial, o Agentes Especiales— la Compañía Urbanizadora de El Batán podría ser demandada —como lo fue— por quien creía tener una obligación a su favor. Y como la obligación de la controversia era de naturaleza laboral, era a la jurisdicción laboral (artículo 24 del C. S. T.) a la que correspondía conocer del negocio respectivo".

El recurrente por su parte, estima que de acuerdo con la interpretación correcta de las normas señaladas como violadas la entidad demandada es un establecimiento bancario o se asimila a tal. Observa la Sala que el impugnador no indica con claridad en qué consistió la interpretación errónea de dichas normas ni cuál es a su juicio la co-

rrecta, para que pueda la Corte, entre una y otra, determinar cuál es en definitiva la que corresponde al contenido de las normas acusadas. Se limita el casacionista, en este aspecto, a decir que la Superintendencia Bancaria ha estimado como establecimientos bancarios a las entidades que se dedican a la construcción de vivienda, sin que reproduzca los argumentos que la condujeron a esa conclusión.

Sin embargo de lo anterior, la Sala, en vista de que el acusador indica claramente la conclusión que según su criterio se desprende de los textos acusados, estudiará el cargo para determinar si en realidad tal conclusión se ajusta, de acuerdo con los planteamientos que se deducen de la acusación, a una correcta interpretación de las normas relacionadas en la formulación del cargo.

El artículo 1º de la Ley 45 de 1923 define así el establecimiento bancario: "Las palabras establecimiento bancario significan todo individuo, corporación, sociedad o establecimiento que hace habitualmente el negocio de recibir fondos en depósito general o de hacer anticipos en forma de préstamos, o de efectuar descuentos, o cualesquiera de estas operaciones". No se deduce de la norma transcrita que la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. constituya un establecimiento bancario. Lo mismo puede decirse de los Arts. 48, 51, 53, 57, 59, 60 y 64 de la misma ley, que consagran la facultad para el Superintendente Bancario, bajo ciertos requisitos, de tomar posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario y señalan el procedimiento a seguir para asumir dicha facultad y ejecutarla, disposiciones que en parte fueron modificadas por los Arts. 5º y 6º de la Ley 57/31.

De las solas normas anteriores no se desprende que la sociedad demandada sea un establecimiento bancario, o que intervenida por la Superintendencia Bancaria, se le apliquen todas las normas que rigen la intervención cuando se trata de establecimientos bancarios. Y si por su constitución y fines la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. es un establecimiento bancario o se asimila a una entidad de tal naturaleza, sería una cuestión de hecho ajena a la acusación por interpretación errónea.

Respecto a los Arts. de la Ley 66 de 1968 y del Decreto 219 de 1969 señalados como violados por interpretación errónea, observa la Sala que el Tribunal se abstuvo de aplicarlos al caso en estudio por ser posterior la ley y el decreto a la fecha en que la Superintendencia Bancaria tomó posesión de la entidad demandada. De manera que la pretendida violación de dichas normas no pudo producirse por interpretación errónea de las mismas, sino por un concepto diferente de violación .

No habiéndose demostrado la interpretación errónea de las disposiciones acusadas, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la providencia recurrida de haber violado indirectamente, por aplicación indebida, el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el sentenciador llegó al siguiente error de hecho, de haber dado por demostrado en la sentencia sin estarlo, mala fe en la entidad demandada, intervenida por la Superintendencia Bancaria, al no cubrir el valor de la indemnización por falta de pago ya que estaba demostrado en autos que dicho pago no se hizo porque la situación económica de la sociedad demandada no lo permitía. Este error evidente de hecho fue el producto de la falta de apreciación de las siguientes pruebas: 1. La Resolución 398 de octubre 25 de 1966 de la Superintendencia Bancaria (Fls. 7 y 8 del Cuaderno Principal). 2. El certificado expedido por la Superintendencia Bancaria en octubre 10 de 1968 en el cual consta el registro de la anterior Resolución y la designación de los liquidadores de la sociedad demandada (folios 17 a 25 del Cuaderno Principal). 3. La comunicación número 14542 de octubre 15 de 1969 dirigida por el Superintendente Bancario al Juez 7º Laboral de Bogotá (visible al folio 59 del Cuaderno Principal). 4. El Oficio 4217 de marzo 9 de 1970 dirigido por el Superintendente Bancario al Juez 7º La-

boral de Bogotá (folios 126 y 127 del Cuaderno Principal). Al respecto me permito hacer a la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia las siguientes demostraciones: La Resolución 398 de octubre 25 de 1966, emanada de la Superintendencia Bancaria, dispuso la toma de posesión de los negocios y haberes de la Compañía Urbanizadora "El Batán S. A.". En el ordinal 5º de los considerandos de dicha Resolución se dijo que tal determinación se tomaba en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 57 de 1931 en razón de que la Superintendencia puede tomar posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario, en cualquiera de las causas siguientes: 1. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones; 2. Cuando haya rehusado la exigencia que se la haga en debida forma de someter sus constancias y sus negocios a la inspección de un Revisor de la Sección Bancaria; 3. Cuando haya rehusado ser interrogado bajo juramento con relación a sus negocios; 4. Cuando persista en descuidar o rehusar el cumplimiento de una orden del Superintendente debidamente expedida; 5. Cuando persista en violar sus estatutos o alguna ley; 6. Cuando persista en manejar sus negocios en manera no atuorizada o insegura; 7. Cuando tenga un quebranto de su capital que lo reduzca a un mínimo. En el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá visible a los folios 17 a 25 del Cuaderno Principal, consta el registro de la Resolución 102 de marzo 20 de 1967 de la Superintendencia Bancaria, por la cual se nombró a los doctores Alonso Botero Isaza y Alberto Díaz Rubio, Agentes Especiales del Superintendente Bancario en la liquidación de la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. En la comunicación 14542 dirigida el 15 de octubre de 1969 por el Superintendente Bancario al Juez 7º Laboral de Bogotá, se dice en el último párrafo lo siguiente: '"... La Sociedad Urbanizadora El Batán S. A. intervenida y ordenada liquidar por este Despacho carecía y carece de liquidez de tesorería para cancelar todo el pasivo a su cargo. De allí la necesidad de vender parte de sus activos para obtener el dinero necesario con el que se cubriría todo su pasivo sin necesidad de prorateo y aun quedando bienes excedentes' ". En oficio 4217 de marzo 9 de 1970 el Superintendente Bancario responde el oficio 014 de enero 17 de 1970 del Juez 7º Laboral del Circuito y le indica la forma irregular e insegura como trabajaba la sociedad demandada antes de la intervención de la Superintendencia (ordinal 6º del Art. 5º de la Ley 57 de 1931). Todos estos son documentos públicos que demuestran de una manera plena y completa, la absoluta falta de liquidez de la sociedad demandada para cumplir con sus obligaciones respecto de sus acreedores. Los actos del Superintendente Bancario, bien sea en resoluciones o en el trámite de correspondencia, contienen el criterio que dicho funcionario se ha formado de los asuntos que por disposición legal están sometidos a su estudio y control. Sus determinaciones y expresiones reflejan la voz del Estado y por ello están amparados con un elevado grado de certeza. Se debe partir del principio indiscutido de su veracidad. Por ello, son documentos públicos y hacen fe sobre su contenido y emisión personal. Esto prueba la buena fe en que se encontraba la sociedad demandada, y las razones que tuvo el Gobierno por medio del Superintendente Bancario para intervenir a la sociedad en referencia y evitar un perjuicio mayor a terceros. Considero respetuosamente que existe un error evidente de hecho, al considerar probado, sin estarlo, la mala fe en la sociedad demandada, siendo que, a mi modo de ver, la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción indirecta y por aplicación indebida, error que aparece de manifiesto en los autos, puesto que de los documentos anteriormente relacionados se colige el estado total de iliquidez de la sociedad demandada, que le dio razón a la Superintendencia Bancaria para intervenirla como en efecto lo hizo. De no haberse presentado las circunstancias que justifican la intervención de la Superintendencia Bancaria, por expreso mandato legal, tal hecho no había ocurrido, aun cuando era evidente el estado de iliquidez de la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. Se encontraba en estado de quiebra y lo que se evitó fue un mayor perjuicio para los acreedores de dicha Compañía, así tuvieran créditos privilegiados,

puesto que la acción judicial es más lenta y demanda mayores costos. Demostrado el cargo, reitero la solicitud subsidiaria contenida en el alcance de la impugnación, de casar parcialmente la sentencia impugnada puesto que se condenó injustamente a la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. al pago de la indemnización moratoria o salarios caídos".

Para el opositor el cargo no puede prosperar por varias razones, que resume así:

"a) Porque se ataca la sentencia con medios nuevos no planteados ni controvertidos en las instancias, que no pueden ser atendidos en el recurso extraordinario de casación; b) Porque el error en materia de derecho constituye presunción de mala fe; c) Porque la demandada al trabarse la litiscontestación, no discutió la naturaleza jurídico-laboral del contrato; por el contrario, lo ha aceptado en el libelo demandatorio de este recurso extraordinario; d) Porque existió mala fe patronal, debida a exclusiva culpa del patrono, sin que hubiera demostrado en el curso de las instancias que empleó toda la diligencia y cuidado para hacer posible el cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que alega su propio descuido, cuando expresa la forma irregular e insegura con que manejó sus negocios, lo que lo llevó a incurrir en la responsabilidad y sanción de que trata el Art. 65 del C. S. T., norma que es de meridiana claridad".

Se considera

La copia de la Resolución número 398 de octubre 25 de 1966 dictada por la Superintendencia Bancaria dispone en su artículo 1º, tomar posesión de los negocios y haberes de la Compañía Urbanizadora El Batán S. A., una vez obtenida la aprobación del señor Ministro de Hacienda, que fue dada en la misma fecha, según constancia que aparece en el propio texto de la Resolución. En los considerandos se dice que la Compañía Urbanizadora El Batán "ha suspendido el pago de sus obligaciones" y que se ha colocado en los casos previstos en el artículo 5º de la Ley 57 de 1931, sustitutivo del artículo 48 de la Ley 45 de 1923.

El documento que obra de folios 17 a 25 contiene una serie de certificaciones expedidas por la Cámara de Comercio, en una de las cuales se certifica que fue registrada el extracto de la escritura pública número 1366 de fecha de abril de 1967 otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, según la cual se protocolizaron la Resolución de la Superintendencia Bancaria número 102 de fecha 20 de marzo de 1967, que nombra a los doctores Alberto Díaz Rubio y Alvaro Botero Isaza Agentes Especiales del Superintendente Bancario en la liquidación de la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. en reemplazo de los doctores Ernesto Lucena Quevedo y Eduardo Rodríguez Orjuela, y dos copias auténticas de las actas de posesión de los doctores Alberto Díaz Rubio y Alonso Botero Isaza como Agentes Especiales en la liquidación de la mencionada sociedad.

En la comunicación que obra a folios 59 y 90 (sic) número 14542, fechada el 15 de octubre de 1969, el Superintendente Bancario informa al Juez 7º Laboral del Circuito de Bogotá y como respuesta al oficio 050 de 29 de septiembre del mismo año, entre otros hechos, que "La Sociedad Urbanizadora "El Batán S. A.", intervenida y ordenada liquidar por este Despacho, carecía y carece de liquidez de tesorería para cancelar todo el pasivo a su cargo. De allí la necesidad de vender parte de sus activos para obtener el dinero necesario con el que se cubrirá todo su pasivo, sin necesidad de prorrateos, y aun quedando bienes excedentes".

El Superintendente Bancario contesta al Juez 7º Laboral de Bogotá en oficio número 4217 de marzo 9 de 1970, en respuesta al oficio del funcionario judicial número 014 de enero 17 del mismo año, sobre una serie de hechos que no pudo constatar en forma completa por no aparecer el Libro de Actas de la Compañía Urbanizadora El Batán S. A., no encontrarse en los libros y archivos de la Compañía y estar hechos los asientos de Contabilidad en forma global. Además, se informa nuevamente sobre el hecho de haber sido intervenida la Sociedad demandada por la Superintendencia Bancaria.

Ahora bien: en el supuesto de que los documentos anteriores demostraran que la

Sociedad no canceló lo que adeudaba al demandante por no permitírselo la situación económica en que se encontraba, por haber cesado en el pago de sus obligaciones y carecer de liquidez de tesorería, no se produciría la violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a través del error del ad-quem de no dar por demostrados tales hechos, por cuanto la jurisprudencia ha estimado que la falta de capacidad económica del patrono no es exonerativa de la sanción por mora. Así, en sentencia de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y tres, Enrique Garrido Santacoloma contra Club Cauca S. A., el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo no aceptó como justificación para el no pago de las prestaciones sociales, el período durante el cual el patrono hacía gestiones ante un Banco para financiar dicho pago, por no haber contemplado dicho motivo o causa en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

No es admisible, por lo tanto, que el trabajador corra los riesgos que se derivan de una inadecuada administración de la Empresa o del cambio de dicha administración por razones legales, dado el carácter vital que para él tienen la remuneración y las prestaciones sociales.

Como el recurrente únicamente fundamenta la buena fe del patrono demandado para no cancelar oportunamente los salarios y prestaciones sociales en la carencia de liquidez de la empresa, no se ha demostrado con notoriedad que el ad-quem hubiese incurrido en error manifiesto de hecho al no dar por probada la buena fe de la sociedad demandada. El cargo, en consecuencia, 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 recurrida dictada el diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y dos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

AGENTE VENDEDOR

La estimación del valor de los gastos no corresponde a los jueces, quienes, ya sean de primera o de segunda instancia, no están facultados para estimarlos prudencialmente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre cuatro (4) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Fernando Torres Zapata, mayor de edad, domiciliado en Medellín e identificado con la cédula de ciudadanía número 3321529 expedida en aquella ciudad, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a la sociedad denominada **"Plásticos Rimax Limitada"**, persona jurídica de derecho privado, domiciliada en la ciudad de Cali y representada legalmente por Rafael Sinkovicius, para que fuera condenada a pagarle:

a) Reajuste de comisiones al 10% de las ventas brutas, efectuadas durante la relación contractual y subsidiariamente de acuerdo con el porcentaje que se estableciere en el juicio;

b) Cesantía, vacaciones y prima de servicios correspondientes a todo el tiempo laborado como agente vendedor;

c) Indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales;

d) Indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, y

e) Las costas del juicio.

Como hechos sustentatorios de las anteriores pretensiones, relató los siguientes:

"1º Trabajé al servicio de la sociedad Plásticos Rimax Limitada, desde el día primero de mayo de 1969 hasta el día 5 de mayo de 1970. Tales servicios fueron prestados mediando un contrato verbal de trabajo.

"2º Durante el lapso antes indicado, desempeñé el oficio de "Agente Vendedor", de todas las líneas o productos de la sociedad demandada.

"3º En el mismo local donde funciona Plásticos Rimax Limitada, funciona otra empresa, dedicada al mismo renglón industrial de Plásticos Rimax y cuyos socios son los mismos de ésta. Tal empresa gira bajo el nombre o razón social de "Técnicos Colombianos de Plásticos Limitada", Ultraplast. A nombre de esta última empresa me ordenaron mis superiores y así lo hice, facturé muchas de las ventas efectuadas en mi calidad de agente vendedor de Plásticos Rimax Limitada.

"4º Mi labor como agente vendedor, comprendió durante todo el período de vinculación, a más de una dedicación exclusiva a las ventas, otra serie de actividades desarrolladas en beneficio de la sociedad accionada, tales como cobros, organizaciones de la clientela reporte permanente de mis actividades, publicidad, etc.

"5º Como remuneración por mis servicios se me ofreció una comisión del 10% sobre las ventas brutas efectuadas en la ciudad de Medellín, con una garantía de $ 6.000.00 mensuales, ésto es, que sí el 10% de las comisiones no representaba en algún mes la suma de $ 6.000.00 la sociedad empleadora me pagaría en todo caso la expresada suma de seis mil pesos.

"6º La comisión del 10% con la cual se remunerarían mis servicios comprendía no sólo las ventas directas efectuadas por el suscrito en esta ciudad, sino que, comprendía también las ventas indirectas.

"7º Por ventas indirectas se entienden

aquellas que, se realizan en la plaza o territorios asignados al Vendedor, pero que se efectúan sin la intervención de éste, es decir que se efectúan por pedido directo del comprador al productor.

"8º Entre el mes de mayo de 1969 y abril de 1970, las ventas directas hechas por el suscrito ascendieron a la suma de $ 853.048.53.

"9º El total de las ventas indirectas verificadas entre enero de 1970 y mayo del mismo año ascendieron a una suma superior a $ 1.200.000.

"10. A pesar de que se me ofreció una comisión del 10% con garantía de $ 6.000, tal garantía sólo se me reconoció y pagó durante los primeros seis meses, porque el resto del tiempo sólo me fue remunerado con una suma inferior a los $ 3.000.00 mensuales en promedio.

"11. No se me han pagado las comisiones pactadas del 10% sobre las ventas directas y se me deben las comisiones sobre las ventas indirectas, sobre las cuales no se le ha reconocido suma alguna.

"12. Especialmente representativas son las ventas indirectas hechas a "Cacharrería Industrial Pacón" y a "Almacenes Ley", cuyas comisiones están actualmente insolutas.

"13. El día 5 de mayo de 1970 recibí carta fechada en 4, por medio de la cual la sociedad demandada unilateral e ilegalmente daba por terminado el contrato de trabajo.

"14. Me debe la sociedad Plásticos Rimax Limitada las cesantías, vacaciones y prima de servicios. Igualmente se me debe la indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo.

"15. Soy persona natural, laboré con exclusividad para la sociedad empleadora, de la cual recibía continuamente órdenes e instrucciones y no constituyo empresa comercial.

"16. Los servicios los presté durante todo el tiempo en la ciudad de Medellín, tal como fue el contrato inicialmente celebrado con Plásticos Rimax".

En derecho fundamentó la demanda en los artículos 22, 23, 24, 27, 37, 55, 65, 98, 127, 186, 249, 306 y concordantes del C. S. del T., y en los Decretos 3072 de 1962 y 2351 de 1965.

En el libelo confirió poder para su representación en juicio y su apoderado lo aceptó y coadyuvó el escrito de demanda.

Plásticos Rimax Ltda., por conducto de abogado contestó la demanda negando todos los hechos y oponiéndose a las pretensiones del actor. Propuso la excepción de "declinatoria de jurisdicción", por tratarse "no de una relación laboral, sino de un vínculo comercial de competencia de los jueces civiles", y además, la de compensación y la genérica.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín que conoció del juicio, puso fin a la primera instancia por sentencia de fecha 24 de junio de 1972, en la que absolvió a la sociedad Plásticos Rimax Limitada, representada por el señor Rafael Sinkovicius de los cargos formulados por el señor Fernando Torres Zapata. No impuso costas.

Del fallo anterior apeló el apoderado del trabajador y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al resolver la alzada, revocó por mayoría, la sentencia del inferior y dispuso:

"Condénase a la sociedad Plásticos Rimax Limitada a pagar al señor Fernando Torres Zapata las sumas de veintisiete mil pesos ($ 27.000.00) por excedente de salario no cubierto; tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3.250.00) por vacaciones; cinco mil quinientos seis pesos con ochenta y nueve centavos ($ 5.506.89) por prima de servicios; seis mil quinientos pesos ($ 6.500.00) por cesantía; nueve mil setecientos cincuenta pesos ($ 9.750.00) como indemnización por la violación del contrato de trabajo sin justa causa. Se absuelve a la compañía de la indemnización por mora en el pago.

"Costas a cargo de la parte demandada".

Salvó el voto el Magistrado doctor Hernando Ramírez Aristizábal.

Contra la resolución del Tribunal interpusieron recurso de casación los apoderados de las partes. Les fue concedido y la Corte lo admitió.

El apoderado de Plásticos Rimax Ltda., no sustentó el remedio extraordinario y la Corte lo declaró desierto respecto a ella.

El recurso

Con él persigue el apoderado del actor que la "Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia" "convertida en Tribunal de instancia case la sentencia impugnada y, en su lugar condene a la sociedad Plásticos Rimax Ltda., con domicilio en Cali, a pagar al señor Fernando Torres Zapata, con domicilio en Medellín, las siguientes sumas de dinero: $ 35.052.84 por concepto de salarios insolutos; $ 3.585.543 (sic) por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas; $ 6.175.91 por concepto de prima de servicios; $ 7.171.07 por concepto de auxilio de cesantía; $ 10.756.60 por concepto de indemnización por la terminación ilegal e injusta del contrato de trabajo y $ 239.03 diarios por concepto de indemnización moratoria desde el 5 de mayo de 1970 hasta el día en que la parte demandada cancele al actor el valor de la cesantía, la prima de servicios y las vacaciones a que ha de referirse la condena de esa Honorable Corporación".

No se presentó escrito de oposición.

Los cargos

El impugnador formula contra la sentencia seis cargos que la Corte procede a examinar.

Cargo primero

Lo presenta así el recurrente:

"Acuso la sentencia del Tribunal por violación indirecta del precepto sustancial contenido en los artículos 127, 57 regla 4ª, 59 ordinal 1º y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el subconcepto de la aplicación indebida consistente en no haberle hecho surtir sus efectos a dichas normas, siendo del caso hacerlo. A tal violación fue conducido el fallador por haber aplicado el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, sin venir al caso, y por error de hecho proveniente de haber apreciado la respuesta del demandante a la pregunta décima sexta del cuadro de posiciones en un sentido diferente al que realmente debe dársele a dicha prueba dentro de una anónica consideración de la verdad probatoria del proceso".

Para sustentar este ataque dice el recurrente que el Tribunal después de deducir que el promedio mensual del salario que devengó Torres Zapata fue de $ 7.171.07, se expresa en la siguiente forma:

"En la décima sexta respuesta de las posiciones el demandante admitió que a él le correspondía sufragar el valor del alquiler de la oficina, teléfono, papelería y útiles, gastos indispensables para el desempeño de sus funciones de Vendedor que salían de la comisión acordada. Ese valor debe descontarse de la comisión promedia mensual según el artículo 128 del C. S. del T. porque no representaba salario, es decir, remuneración directa del servicio personal prestado, sino un gasto indispensable para desempeñar a cabalidad sus funciones. Por ello, haciendo una deducción prudencial se estima que la remuneración real del demandante venía a ser de $ 6.500.00 mensuales".

El recurrente manifiesta que la respuesta a la posicion decimasexta, que transcribe, no indica que Torres Zapata hubiera admitido que era su obligación hacer los gastos relacionados en la pregunta, ni mucho menos la aceptación de que ellos tenían que deducirse del salario.

Agrega también que el Tribunal no estaba autorizado para hacer un avalúo por sí y ante sí de lo pagado por el demandante por los conceptos anotados ni menos para deducirlos, "porque habiendo sido verbal el contrato en ninguna parte consta que el demandante se hubiera obligado a sufragar gastos por determinado valor, sino que tales gastos eran potestativos del señor Torres Zapata", siendo libre de invertir su salario en la forma que mejor conviniera a sus intereses.

Hechas estas censuras a la motivación del Tribunal, manifiesta el impugnador que cosa diferente hubiera sucedido, si contractualmente las partes hubieran acordado que una suma determinada del valor de las comisiones fuera aplicada por Torres a los gastos de Oficina o de representación de la demandada. Pero como tal estipulación no existió era imposible dar aplicación al artículo 128 C. S. T., ya que él se refiere al

caso específico en que el patrono entregue al trabajador una suma para que la destine al desempeño de sus funciones, gastos de representación, etc.

En cambio, agrega, que lo que sí surge del recto sentido de nuestro Derecho del Trabajo es que de conformidad con el artículo 127 del C. S. T. constituye salario todo lo que recibe el trabajador y que implique retribución de servicios aunque tal salario se pague en forma de comisiones.

Manifiesta luego que de conformidad con la regla 4ª del artículo 57 del Estatuto Laboral es obligación del patrono pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos que de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 59 ibídem queda prohibido a los patronos deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin previa autorización escrita de éstos para cada caso, y por último, que como lo ordena perentoriamente el artículo 149 C. S. T., el patrono tiene aquella misma limitación en cuanto al salario, sin que se cumpla el requisito del texto 59, o sin que para ello exista mandamiento judicial el cual se refiere al caso de los embargos, con la circunstancia de que la misma norma agrega "que quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo, deudas del trabajador para con el patrono, pérdidas o averías de elementos de trabajo, entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento".

En otro pasaje de la acusación dice el recurrente que no existiendo estipulación contractual, incurrió el Tribunal en error de hecho cuando de las posiciones deduce la aceptación del actor a que se restara de su salario lo gastado en oficina, porque él era libre de tenerla o de no tenerla, de pagar un arriendo bajo o de no pagar ninguno, pues la única obligación que efectivamente asumió fue la de actuar como vendedor en Medellín de los Productos Rimax. El error de hecho, continúa, cometido por el ad-quem, al interpretar equivocadamente estas posiciones es ostensible y también es errada la aplicación que hizo del artículo 128 C. S. T. porque esta norma se refiere al caso en que se ha fijado una suma de dinero con destinación especial, y por último, resulta ya no equivocada sino arbitraria la reducción que del salario de $ 7.171.07 hace el Tribunal para fijarlo en $ 6.500.00 mensuales, porque en ninguna parte existe la prueba de la cantidad de dinero gastada por Torres y porque aún en el caso de que existiera, legalmente el sentenciador carecía de la facultad de hacer tal deducción.

Preciso es entonces concluir, expresa el recurrente, que el salario real del demandante fue de $ 7.171.07, o sea que tuvo derecho a una remuneración de $ 86.052.84 y no de $ 78.000 y como sólo se le pagó la cantidad de $ 51.000.00 le quedó debiendo la sociedad $ 35.052.84 por concepto de salarios causados y no cancelados y no $ 27.000.00 que fue el monto de la condena impuesta al respecto por el Tribunal.

Se considera

La Corte, en sede de casación cuando se invoca la causal primera compara la sentencia objeto del recurso con las disposiciones legales de carácter sustancial que se dicen violadas y si encuentra que en realidad lo fueron, infirma total o parcialmente el fallo del ad-quem, y convertida en Tribunal de instancia procede en estos casos a revocar o modificar la de primera instancia.

Constituye pues error del recurrente pretender que primero, se convierta la Corte en ad-quem para casar la sentencia contra la que interpuso el recurso y sin decir nada sobre lo que debe hacerse con el fallo de primer grado en caso de prosperidad de aquél, solicite a la Corporación que directamente haga los pronunciamientos que pide.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la sentencia del a-quo fue absolutoria, debe entenderse que la aspiración del impugnador es la de que se case parcialmente el fallo de segundo grado y convertida la Corte en Tribunal de instancia revoque la sentencia del juzgado y haga las condenas puntualizadas en la demanda de casación.

Fijado así el alcance de la impugnación procede la Corte al examen del cargo formulado por el recurrente.

El error de hecho que el casacionista imputa al Tribunal en este ataque, consiste en que no obstante estar demostrado en autos que Torres Zapata tuvo derecho a comisiones por la suma de $ 86.052.84, el ad-quem fijó esta cantidad en $ 78.000.00 porque arbitrariamente dedujo de la primera cantidad $ 8.052.84, valor de los gastos de alquiler de un local, teléfono, útiles y papelería que según el fallador se obligó a sufragar Torres.

El impugnador acepta que de la suma de $ 86.052.84 se deduzca la de $ 51.000.00 que por concepto de comisiones se pagaron al actor, pero advierte que la condena por salarios insolutos ha debido producirse por $ 35.052.84 y no por $ 27.000 como lo resolvió el Tribunal al tener en cuenta un salario que no fue el devengado por Torres, sino el que señaló artificialmente cuando a consecuencia del error aceptó por sí y ante sí, deducir como suma que no constituye salario la cantidad de $ 671.07 mensuales y fijar aquél en $ 6.500.00 en lugar del que aparece demostrado que es de $ 7.171.07.

Para cometer el error, dice el recurrente, el Tribunal se fundamentó en la respuesta dada por el actor a la pregunta décimasexta del pliego de posiciones que le hizo absolver la sociedad.

En la posición decimasexta, se preguntó a Torres Zapata:

"Es cierto, sí o no, que Ud. paga directamente el alquiler de la oficina, teléfono, papelería y demás útiles que la sociedad "Plásticos Rimax Ltda.", no le reconoce suma alguna por dichos conceptos?

El absolvente contestó:

"Precisamente como yo hacía estos gastos en realidad, entonces la comisión que debía percibir era del 10% y tuve que pagar o mejor dicho desocupar la oficina porque ellos no me pagaban". (Fl. 69 vlto.).

En esta declaración de parte se observa que en realidad aceptó el actor que él hacía tales gastos pero de ella no se deduce que estuviera obligado a verificarlos. Además, de la misma respuesta se deduce que el actor, en cuanto al local se refiere y consecuencialmente al pago del teléfono, lo que afirma es que la obligada al pago era la empresa y no él.

El Tribunal consideró lo contrario: que a Torres correspondía sufragar los mencionados gastos y fue así como expresó:

"En la décima sexta respuesta de las posiciones el demandante admitió que a él correspondía sufragar el valor del alquiler de la oficina, teléfono, papelería y útiles, **gastos indispensables para el desempeño de sus funciones de vendedor,** que salían de la comisión acordada. **Ese valor debe descontarse de la comisión promedia mensual según el Art. 128 del C. S. del T. porque no representaba salario, es decir, remuneración directa del servicio personal prestado, sino un gasto indispensable para desempeñar a cabalidad sus funciones.** Por ello, haciendo una deducción prudencial se estima que la remuneración real del demandante venía a ser de $ 6.500.00 mensuales". **(Lo subrayado es de la Sala).**

Esta motivación del ad-quem, para fijar el salario de Torres Zapata es errada.

Al responder la posición copiada, el actor no admitió que a él le correspondiera sufragar los gastos en ella descritos. Lo que indica como antes se dijo, fue que él los hizo pero afirmando que la obligación era de la Empresa.

Tampoco existe ninguna prueba en autos que autorizara al Tribunal para decir que los gastos reseñados debían salir de la comisión acordada entre los litigantes.

La Sala falladora del Tribunal de Medellín, en el caso que se estudia, actuó por otra parte, en forma no autorizada por la ley, al estimar el valor de los gastos a que se ha hecho mención. Esta actividad no corresponde a los jueces, quienes ya sean de primera o segunda instancia no están facultados para estimar prudencialmente un gasto.

De acuerdo con lo anterior estima la Corte, como lo anota el recurrente que el adquem cometió error evidente de hecho al señalar en la cantidad de $ 78.000.00, la comisión devengada por Torres Zapata mientras fue representante de ventas de la Sociedad demandada y que a consecuencia de tal error violó por aplicación indebida los artículos 57, regla 4ª, 127 y 128 del C. S. T.

El cargo en consecuencia prospera.

Segundo, tercero, cuarto y quinto cargos

Los enuncia en su orden el recurrente en la siguiente forma:

"Violación del artículo 186 del C. S. T. y del artículo 8º del Decreto 617 de 1954 (192 del Código), por infracción directa".

"Infracción directa del ordinal a) del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Incurrió el Tribunal en violación de los artículos 249 del C. S. T. y del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 (253 del Código), por infracción directa".

"Violación del ordinal 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por infracción directa".

Para la formulación de cada uno de estos ataques invoca el acusador el "motivo primero del Decreto 528 de 1964 artículo 60".

La infracción directa por la cual acusa el recurrente la sentencia del ad-quem, en cuanto éste resolvió las pretensiones del actor por vacaciones (segundo cargo), prima de servicios (tercer cargo), cesantía (cuarto cargo) e indemnización por despido unilateral e injusto (quinto cargo), las fundamenta el censor en que se hubiera dejado de condenar por ellas, sino en que el Tribunal para hacerlas tomó como salario en vez del promedio mensual de $ 7.717.07, la cantidad de $ 6.500.00.

Como consecuencia de esta argumentación, pide el recurrente que las dichas pretensiones se liquiden con base en el salario real devengado por Torres Zapata.

Se considera

En forma reiterada la Corte, por medio de su Sala de Casación Laboral, ha dicho que la violación directa de la ley se produce con independencia de toda cuestión de hecho.

También ha sostenido la Sala que la infracción directa de ley sustancial tiene lugar cuando en la sentencia no se aplican disposiciones legales de carácter sustancial ya sea por ignorancia de las mismas o porque el juzgador se rebele contra ellas, también independientemente de cuestiones fácticas.

En el caso de autos, el fallador no ignoró las normas que se estiman violadas, ni se rebeló contra ellas. Lo que hizo fue liquidar las vacaciones, la prima de servicios, la cesantía y la indemnización por despido unilateral e injusto con un salario distinto a aquél con que ha debido calcularlo.

Lo que se presenta en últimas por el impugnador, es un asunto de hecho imposible de plantear, según la técnica del recurso, por el concepto de infracción directa de la ley.

Por lo demás, el recurrente no enfrenta la ley sustancial que dice fue violada con la sentencia objeto del recurso, sino que a través de ataques independientes considera que el Tribunal infringió directamente las disposiciones sustanciales fundamentando la violación en la prosperidad del primer cargo, lo cual no es aceptable.

Los cargos que se estudian no quedan resueltos con la prosperidad del primero, porque además de lo exquesto en aquél no se incluyeron como normas violadas las que se indican en cada uno de los ataques segundo a quinto. Además, debe observarse que aún en el caso de que estos cargos se entendiesen involucrados en el primero, no podrían prosperar precisamente porque los últimos se fundamentan en el concepto de "infracción directa", es decir en la ignorancia de la ley o en la rebeldía contra ella, y el Tribunal no desconoció o ignoró las disposiciones indicadas por el recurrente ni se rebeló contra ellas, fuera de que el concepto porque se acusa en estos ataques, el de infracción directa, no puede darse a través de errores de hecho, que es precisamente el fundamento del primero.

Los cargos, en consecuencia, se desestiman.

Cargo sexto

Está presentado así:

"Incurrió el Tribunal en violación del precepto sustancial contenido en los numerales 1 y 2 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa, a la cual fue conducido el Tribunal por no haber

tenido en cuenta el principio universal de Derecho contenido en el artículo 9º del Código Civil en armonía con el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956 (artículo 98 del CST) abstracción hecha de toda cuestión de hecho".

"Motivo primero del artículo 6º del Decreto 528 de 1964".

En la sustentación de este ataque el recurrente dice que el Tribunal no tuvo ninguna dificultad para llegar a la conclusión de que las partes estuvieron ligadas por un contrato de trabajo, porque encontró que el caso planteado estaba regido por el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956 que transcribe.

Manifiesta enseguida que la Empresa no negó que Torres Zapata hubiera sido su representante o agente vendedor en Medellín, sino que alegó que el contrato no era de trabajo sino que estaba regido por el Código de Comercio.

Agrega el impugnador que en presencia de la disposición copiada, la negativa de la sociedad de admitir el contrato de trabajo no podía provenir sino de su ignorancia de la ley y de conformidad con el artículo 9º del Código Civil, "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa".

En estas circunstancias, manifiesta que "así como el Tribunal no tuvo duda sobre la existencia del contrato verbal de trabajo, tampoco el patrono estaba autorizado para tenerla".

A continuación se refiere el censor a la jurisprudencia de la Corte que dice: "ha omitido la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuando la posición del patrono se ha basado en una "duda razonable" sobre la existencia del vínculo laboral, pero expresa que aquélla no puede darse en el caso de que exista una disposición legal, del derecho positivo, reguladora de la materia, porque la negativa a reconocer la existencia del contrato de trabajo equivale a una alegación de la ignorancia de la ley y tal posición es notoriamente contraria al derecho.

Por tal motivo, manifiesta el recurrente: "deviene ilegal la posición adoptada por el Tribunal cuando admite como de buena fe la duda aducida por la Compañía sobre la existencia del contrato de trabajo".

Después de hacer otras consideraciones dice el impugnador que es manifiesta la infracción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y pide la condena a indemnización moratoria con base en un salario mensual de $ 7.171.07, a partir del 5 de mayo de 1970 y hasta la fecha en que la demandada pague el valor total de las prestaciones sociales indiscutibles a que tiene derecho Torres.

Se considera

La argumentación del recurrente en este ataque a la sentencia del ad-quem, está edificada sobre el texto del artículo 3º del Decreto 3129 de 1956 que expresa cuándo existe contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros y cuándo no, y en presencia de sus términos dice que la sociaded no podía dudar que con Torres Zapata se había celebrado un convenio de aquella naturaleza.

Las afirmaciones del acusador son meras opiniones suyas por cuanto la misma disposición indica que no existe contrato de trabajo cuando el representante o el agente no esté bajo la continuada dependencia de la persona que lo contrata o cuando constituya por sí mismo una empresa comercial, y en estas circunstancias la demandada sí podía alegar razones válidas para desconocerlo.

Plásticos Rimax Ltda., sostuvo desde un principio que Torres Zapata "por sí mismo constituía una empresa comercial" (contestación al hecho cuarto de la demanda) y por eso negó la existencia del vínculo laboral.

Otra cosa es que a través de un largo debate judicial, el Tribunal de Medellín, hubiera decidido por mayoría, que entre las partes sí existió el contrato alegado por el actor.

No se está en presencia de ignorancia de la ley por parte de la sociedad demandada, sino precisamente de que alegó razón atendible para no reconocer la vinculación pretendida.

Por otra parte, en este cargo no se ataca el fundamento de la sentencia acusada, que lo expresa el Tribunal así:

"Estima la Sala que dada la forma como se estructuró el contrato de trabajo entre los litigantes, la Compañía demandada po-

día tener duda de buena fe sobre su existencia, por lo que no hay lugar a reconocer la indemnización por mora en el pago del artículo 65 del C.S. del T.".

El Tribunal no ignoró la existencia del artículo 65 del CST, ni se rebeló contra él, se limitó a aplicarlo en la forma como lo ha entendido la jurisprudencia y por tanto no lo infringió directamente como lo sostiene el acusador.

El cargo no prospera.

Consideraciones de instancia

I. No es ya materia de discusión que entre Fernando Torres Zapata y Plásticos Rimax Ltda., existió contrato de trabajo.

II. Está demostrado que este contrato tuvo una duración aproximada de un año, comprendido entre el 7 de mayo de 1969 y el 4 del mismo mes de 1970 (Fl. 64).

III. De acuerdo con la contestación de la demanda, el actor tenía derecho a una comisión del 5% sobre ventas netas efectuadas por él, pagaderas así: 2½% en el momento de efectuar el despacho y el saldo al cancelar el cliente el valor de la factura. Esta comisión no era la misma por ventas hechas a la Cacharrería Mundial y Pacón y al Bazar Colombo-Alemán y para ellas se señaló únicamente el 2% al efectuarse el despacho (Fls. 9 y 10, cuaderno principal).

IV. Según la inspección ocular (Fls. 148 a 150) aparece que el demandante vendió al Bazar Colombo-Alemán y a la Cacharrería Mundial Pacón artículos por $ 57.262.68.

V. Fuera de estas ventas efectuó el actor otras a Almacenes Ley por $ 1.317.814.67 (Fl. 56) y $ 253.566.22 a otros clientes (Fls. 148 a 150).

VI. Teniendo en cuenta las ventas efectuadas por el actor, a éste correspondía percibir por comisiones la suma de $ 86.052.84.

VII. De la anterior cantidad sólo estaba facultada la Sociedad para deducirle $ 51.000.00 que le fueron pagados durante la vigencia del contrato.

VIII. Legalmente no es posible hacer más deducciones, por cuanto Torres Zapata no confesó tener la obligación de sufragar por su cuenta el valor del alquiler del local, el teléfono, los útiles y papelería, ni admitió que lo correspondiente a tales gastos fuera deducido de las comisiones a que tenía derecho. Además, en los autos no existe prueba alguna con la cual se demuestren tales hechos.

IX. De conformidad con lo dicho anteriormente se condenará a Plásticos Rimax Ltda. a pagar al señor Fernando Torres Zapata, por concepto de comisiones insolutas la cantidad de treinta y cinco mil cincuenta y dos pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 35.052.84) M/cte.

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 de fecha 13 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio que adelantó Fernando Torres Zapata contra Plásticos Rimax Limitada, en cuanto por ella condenó a esta sociedad a pagar al actor la suma de $ 27.000.00 "por excedente de salario no cubierto" y obrando como Tribunal de instancia REVOCA en este punto el fallo de primer grado de 24 de junio de 1972 y condena a la sociedad mencionada a pagar a Fernando Torres Zapata por el concepto indicado la cantidad de treinta y cinco mil cincuenta y dos pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 35.052.84). NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, 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 12 de diciembre de 1972, DECLARA INEXEQUIBLE el ordenamiento sexto del laudo objeto del presente recurso en cuanto estableció un auxilio de trescientos pesos "cuando ocurriera el fallecimiento del padre, la madre, la esposa o hijos del trabajador" del municipio de La Estrella, y el ordenamiento octavo sobre "Fondo de Vivienda". HOMOLOGA la frase final, sobre permiso de tres días, de aquel artículo sexto, y todos los demás ordenamientos de la sentencia dictada el 13 de julio de 1972 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por Resolución Nº 00790 de 17 de abril de 1972 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para decidir el conflicto laboral surgido entre el Municipio de La Estrella y su Sindicato de Trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., 12 de diciembre de 1972.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

Se resuelve el recurso de homologación interpuesto por el Alcalde y el Personero del Municipio de La Estrella (Antioquia) contra el laudo que dictó el 13 de julio de 1972 el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución Nº 00790 de 17 de abril último, para decidir el diferendo colectivo surgido entre el Municipio mencionado y el Sindicato de Trabajadores del mismo.

El conflicto se originó procesalmente en pliego de peticiones aprobado por la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Municipales de La Estrella el 20 de junio de 1971, que no fue resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación y que determinó el acto ministerial indicado, en virtud del cual se integró posteriormente el organismo de arbitramento que profirió la sentencia recurrida, cuya parte resolutiva dispuso:

"**Primero. Aumento de salario.** A partir de la fecha de expedición del presente laudo, el Municipio de La Estrella aumentará el salario a todos y cada uno de sus trabajadores en la suma de siete pesos con cincuenta centavos ($ 7.50) diarios.

"**Segundo. Salario mínimo.** El salario mínimo para todos los trabajadores del Municipio de La Estrella, aun para los que se hallan en período de prueba, será de veintinueve pesos ($ 29.00) diarios, desde la fecha de expedición de este laudo.

"**Tercero. Lentes.** Cuando a juicio del Instituto Colombiano de Seguros Sociales o de especialista en la materia, un trabajador necesite utilizar lentes, deba reemplazarlos, o se requiera su reposición por pérdida o destrucción, el Municipio de La Estrella los suministrará en especie.

"**Cuarto. Becas.** El Municipio de La Estrella adjudicará anualmente quince (15) becas para hijos de trabajadores afiliados al Sindicato. El valor de cada una de estas becas corresponderá a las sumas que se deban pagar en el respectivo plantel por matrícula y mensualidades, y el estudio se adelantará en establecimientos escolares en los Municipios de Medellín, Envigado, Itagüí y La Estrella.

"Quinto. Auxilio de maternidad. Cuando la cónyuge o compañera de trabajador del Municipio de La Estrella diese a luz, se dará, en cada caso, un auxilio de ciento cincuenta pesos ($ 150.00). Igual suma será pagada en caso de aborto.

"Sexto. Gastos de entierro. Cuando ocurriere el fallecimiento del padre, la madre, la esposa o hijos del trabajador, el Municipio de La Estrella dará un auxilio de trescientos pesos ($ 300.00), y un permiso remunerado de tres (3) días.

"Séptimo. Subsidio familiar. El Municipio de La Estrella pagará un subsidio familiar de treinta ($ 30.00) pesos mensuales por cada hijo del trabajador, menor de dieciocho (18) años, o que siendo mayor de esa edad acredite ser estudiante, encontrarse en estado de invalidez permanente, o padezca de enajenación mental.

"Parágrafo. El subsidio será pagado directamente a la esposa del trabajador o a su compañera permanente reconocida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"Octavo. Fondo de vivienda. El Municipio de La Estrella aportará para fondo de vivienda la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) y se destinará para hacer préstamos a los trabajadores municipales, con los siguientes fines: a) adquisición de vivienda; b) compra de terreno; c) mejora de la vivienda; d) cancelación de gravamen hipotecario.

Tales préstamos se harán a los trabajadores que resulten escogidos por una comisión paritaria formada entre representantes del Sindicato y autoridades municipales. El Municipio y el Sindicato reglamentarán el ejercicio de este derecho y establecerán el orden de prioridades. El Municipio cobrará un interés á la tasa del uno por ciento mensual (1%).

"Noveno. Permisos sindicales. Para asistir a congresos o conferencias de carácter sindical, el Municipio de La Estrella concederá permiso remunerado a un (1) trabajador que para el caso designe la organización sindical. Ese permiso será por todo el tiempo de duración del congreso o conferencia, y dos días más, si tuviere lugar fuera del Departamento de Antioquia.

"También concederá permisos remunerados, en los mismos términos ya señalados, a dos (2) trabajadores, para asistir a cursos de capacitación sindical.

"Décimo. Retención. El Municipio retendrá el valor de la primera quincena correspondiente al aumento salarial, a todos los trabajadores sindicalizados y a los que no siéndolo se beneficien del presente laudo. El total recaudado será entregado a la Tesorería del Sindicato dentro de los quince días siguientes a la retención.

"Los trabajadores que renuncien a los beneficios del presente laudo, lo expresarán por escrito, dentro de los ocho (8) días siguientes al pronunciamiento del mismo, a fin de que no se les hagan las retenciones. En caso contrario, el Municipio procederá a efectuar la retención.

"Decimoprimero. Vigencia. Este laudo tendrá una vigencia de un (1) año, que se cuenta desde la fecha de su expedición.

"Decimosegundo. Las clásulas de convenciones, laudos o acuerdos anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituídas por este fallo arbitral, continúan vigentes.

"Las solicitudes contenidas en el pliego de peticiones que no aparezcan en la parte resolutiva de esta sentencia arbitral, se entiende que no fueron acogidas por el Tribunal".

Los representantes del Municipio no han sustentado el recurso de homologación, por lo que la Corte, agotado su esfuerzo para completar las piezas necesarias para su estudio, y producidas por el Ministerio del Ramo, las que se le reclamaron al efecto como indispensables, procede a verificar el laudo, de modo general, con la Constitución y las leyes, de acuerdo con su jurisprudencia y práctica constantes:

1. Las disposiciones arbitrales transcritas resuelven todas las peticiones del pliego inicial, que no fueron solucionadas en las etapas de arreglo directo y de conciliación, conforme a entendimiento y expresión de la medida de convocatoria del Tribunal de Arbitraje, y de ellas, las dos primeras, sobre aumento de salario y fijación de salario mínimo, versan sobre materia económica del ámbito de los arbitradores y dentro del límite de las peticiones respectivas; y las tercera, cuarta, quinta y séptima, sobre len-

tes, becas, auxilio de maternidad y subsidio familiar, en su orden, existían como prestaciones extralegales en convención anterior, aprobada por Acuerdo Nº 063 de 10 de diciembre de 1969, según documento de folios 12 a 18 del expediente, apreciado por el Tribunal en pasaje de su laudo, a folio 117, y los árbitros sólo las aumentaron cuantitativamente regulándolas, además, conforme a sus atribuciones. En materia de permisos sindicales (ordenamiento noveno) y retención del valor de la primera quincena del aumento salarial (ordenamiento décimo), la Sala observa que sus materias habían sido objeto de establecimientos convencionales anteriores y que el Tribunal las resolvió con base en las peticiones respectivas y con las limitaciones u objetivos que estimó convenientes, también en el ámbito de sus facultades.

2. No contiene el Acuerdo de 1969 disposición sobre "gastos de entierro", pues para los casos de muerte de la esposa, los padres y los hijos de los trabajadores sólo concedió permiso remunerado de tres días. El ordenamiento sexto del laudo establece un auxilio de $ 300.00 para dichas desgraciadas ocurrencias. Esto constituye una prestación extralegal, no consentida por el patrono, que debe declararse inexequible, por cuanto rebasa las obligaciones de ley y convencionales, y las facultades de los arbitradores, que, en esta materia, sólo pueden aumentar los gravámenes existentes y no imponerlos por la primera vez. En consecuencia, sólo se homologará la parte final del ordenamiento sexto, sobre permiso remunerado de tres días.

Con el mismo criterio se ostenta inexequible el ordenamiento octavo del laudo, sobre "fondo de vivienda", tampoco contenido en el Acuerdo de 1969, cuyo capítulo sobre "plan de vivienda" (F. 14) sólo dispone que el Municipio liquide las cesantías en forma parcial a quienes tengan deudas pendientes con el Fondo Obrero y que tenga en cuenta a sus trabajadores en la adjudicación de casas y para la compra de ellas, hipotecas, etc., pero no la creación y el aporte de que trata el punto arbitral en examen. Que no existiendo en ley ni en convención anterior no puede crearse como gravamen extralegal por los arbitradores.

3. Se ajustan a derecho, conforme a lo pedido y a las facultades del Tribunal de Arbitramento las disposiciones decimaprimera y decimasegunda, sobre vigencia del laudo y de las cláusulas de las convenciones, laudos o acuerdos anteriores que no hayan sido derogadas por la presente decisión arbitral. Como también, la decisión final acerca de que se entiende que no fueron acogidas las solicitudes del pliego de peticiones no contenidas en la parte resolutiva de la sentencia arbitral, que fueron las estudiadas en forma expresa y resueltas negativamente, sobre fiesta del obrero, primas de vacaciones y de aguinaldo, auxilio por calamidad doméstica, fondo de prestaciones, dotación de la oficina de la organización sindical, permiso remunerado para la comisión negociadora, subsidio de transporte y codificación de las prestaciones y derechos de los trabajadores.

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, DECLARA INEXEQUIBLE el ordenamiento sexto del laudo objeto del presente recurso en cuanto estableció un auxilio de trescientos pesos "cuando ocurriere el fallecimiento del padre, la madre, la esposa o hijos del trabajador" del Municipio de La Estrella, y el ordenamiento octavo sobre "Fondo de Vivienda". HOMOLOGA la frase final, sobre permiso de tres días, de aquel artículo sexto, y todos los demás ordenamientos de la sentencia dictada el 13 de julio de 1972 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por Resolución Nº 00790 de 17 de abril de 1972 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para decidir el conflicto laboral surgido entre el Municipio de La Estrella y su Sindicato de Trabajadores.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y remítase el expediente al Ministerio del Ramo, para el depósito del laudo, y de la presente decisión, conforme a la ley. Archívese en el mismo Ministerio.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Respecto a la cláusula cuarta, las partes estipularon que el demandante cumpliría sus obligaciones con libertad técnica y directiva, sin sujeción a horarios ni a reglamentos de trabajo, o sea como contratista independiente. Lo pactado aquí puede considerarse como contradictorio con lo acordado en la primera, pues si en una se estipulan obligaciones que sólo bajo una subordinación pueden cumplirse, como lo interpretó el Tribunal Superior sin que incurriese en manifiesto error de hecho, en la otra se establece una autonomía técnica y directiva para el trabajador. Contradicción que se acentúa cuando se observa que en la primera se obliga al trabajador a asistir diariamente a las oficinas de la empresa a determinada hora y en la cuarta se dice que no estará sujeto a horario alguno. Ante esta discrepancia bien podía el fallador de segunda instancia estimar que la naturaleza del contrato estaba ligada a la primera cláusula y no a la cuarta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1972.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Julio César Vergara demandó por medio de apoderado judicial a Ingenio Riopaila Ltda., para que mediante los trámites de un juicio ordinario se la condenara a pagarle las sumas que resulten probadas por concepto de reajuste de prestaciones sociales causadas y no pagadas durante el tiempo que estuvo vinculado laboralmente, tales como cesantía, primas de servicio y vacaciones, y por concepto de reajuste de la indemnización, tomando también en cuenta todo el tiempo de servicio y liquidada por el último sueldo devengado de $ 3.300.00 mensuales; se le reconozca la pensión proporcional de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, inciso 1º, una vez que reuna el requisito de la edad; y las costas del juicio y honorarios de abogado.

Según los hechos de la demanda, Julio César Vergara celebró contrato en el mes de agosto de 1958 con el señor Luis Ernesto Sanclemente, representante de Ingenio Riopaila Ltda., en virtud del cual devengaba una remuneración mensual de $ 600.00; en razón de dicho contrato el demandante quedó obligado a prestar a la sociedad demandada el servicio de mantenimiento y reparaciones del equipo de radioteléfonos que utiliza la empresa para sus comunicaciones internas, debiendo concurrir diariamente a las 8 a. m. a las oficinas a revisar los equipos de radio de F.M. y los transmisores localizados en el Edificio del Hotel Alférez Real, con el fin de proceder a efectuar las reparaciones que fueren necesarias para restablecer el normal servicio de comunicaciones con los Ingenios de Riopaila y Central Castilla, situados en los Municipios de Zarzal y Pradera, donde también debía trasladarse para cumplir las mismas funciones; para dichas actividades la sociedad demandada le suministraba a Vergara todos los repuestos y elementos necesarios para efectuar las reparaciones de los equipos de radiocomunicaciones, además de los medios de transporte para trasladarse a los Ingenios; en esta forma se encontraba vinculado

a la Empresa, por medio de un contrato de trabajo, por reunirse los elementos esenciales exigidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. A pesar de haberse iniciado la relación laboral el 1º de septiembre de 1958 y terminado el 10 de diciembre de 1969, el patrono demandado sólo le reconoció para efectos de la liquidación de prestaciones e indemnizaciones el período comprendido del 1º de abril de 1967 al 10 de diciembre de 1969, debiéndole, en consecuencia, el valor del reajuste por el tiempo de servicios del 1º de septiembre de 1958 al 1º de abril de 1967, así como la pensión de jubilación por tener más de diez años de servicio y haberse producido el despido sin justa causa. También, por la mora en el pago de las prestaciones sociales, le adeuda la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Ingenio Riopaila Limitada negó los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de carencia de acción o de derecho para demandar, inexistencia de la obligación, petición de lo no debido, inexistencia del supuesto contrato de trabajo y prescripción. Como hechos y razones de la defensa dedujo los siguientes:

"El señor Julio César Vergara únicamente estuvo vinculado por contrato escrito de trabajo de duración indefinida con "Ingenio Riopaila Ltda., en el período comprendido entre el 1º de abril de 1967 (fecha de iniciación del contrato de trabajo) y el 10 de diciembre de 1969 (fecha de la terminación del mismo contrato de trabajo). Durante este único tiempo en que el señor Vergara estuvo vinculado con la empresa por contrato de trabajo, Ingenio Riopaila Ltda., le pagó auxilio de cesantía, vacaciones y demás prestaciones sociales a que tuvo derecho durante este único tiempo en que existió contrato de trabajo comprendido entre el 1º de abril de 1967 y el 10 de diciembre de 1969; tal como lo confiesa el demandante en el hecho 8º de la demanda. A la terminación de su contrato de trabajo el 10 de diciembre de 1969 Ingenio Riopaila Ltda., pagó también al demandante Julio César Vergara la indemnización correspondiente. Antes de estas fechas en ninguna época estuvo vinculado el señor Julio César Vergara con Ingenio Riopaila Ltda., por contrato de trabajo ni verbal ni escrito".

Cumplido el trámite de la primera instancia, el juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dictó sentencia el veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y uno, por medio de la cual condenó a Ingenio Riopaila Ltda., a pagar a Julio César Vergara las siguientes sumas de dinero: diez y seis mil quinientos setenta y cuatro pesos con 97 centavos ($ 16.574.97) por reajuste de cesantía; dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) por reajuste de vacaciones; cuatro mil ciento veinticinco pesos ($ 4.125.00) por reajuste de prima de servicios y treinta y un mil ciento veinte pesos con 45 centavos ($ 31.120.45) por reajuste de la indemnización por despido injusto; dejó a salvo el derecho del demandante para reclamar y exigir el pago de la pensión de jubilación una vez que haya cumplido la edad requerida por la ley y condenó en costas a la parte demandada.

Apeló el apoderado de Ingenio Riopaila Ltda. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, decidió la apelación en sentencia de diez de noviembre de mil novecientos setenta y uno, que revocó la condena por reajuste de prima de servicios contenida en el fallo de primer grado y confirmó éste en todo lo demás. Hizo las costas de cargo del recurrente.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la sociedad demandada, fue denegado por el Tribunal Superior. Pidió reposición el recurrente y en subsidio copias de algunas piezas del proceso para recurrir de hecho, las que le fueron concedidas por no haber repuesto el Tribunal su providencia. Esta Corporación, una vez presentadas las copias y sustentado el recurso de hecho, concedió el de casación en providencia de doce de abril de mil novecientos setenta y dos y ordenó así mismo comunicar lo resuelto al Tribunal Superior para que enviase el expediente con el fin de tramitar el recurso extraordinario, que se decidirá ahora previo el estudio de la correspondiente demanda y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

"Aspiro a que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case to-

talmente la sentencia impugnada pronunciada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, con fecha 10 de noviembre de 1971, y convertida en Tribunal de instancia revoque el fallo de primer grado proferido por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Cali, de fecha 27 de marzo de 1971, y en su lugar niegue las súplicas contenidas en la parte petitoria de la demanda que dio origen a este juicio, absuelva a la sociedad demandada Ingenio Riopaila Ltda., de todos los cargos que se le formulan y se condene al demandante al pago de las costas causadas en las instancias". Con base en la causal primera de casación formula el siguiente:

"Cargo único

"Acuso la sentencia del Tribunal de violar indirectamente, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho provenientes de falta de apreciación de unas pruebas y por apreciación errónea de otras, las siguientes normas de derecho sustancial: Los artículos 5º, 22, 23, 24, 186, 249 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 14, 17 y 8º ordinales 1º, 2º y 4º en sus literales a) y d), del Decreto número 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, y el artículo 8º incisos primero, tercero y cuarto de la Ley 171 de 1961. Y por haber dejado de aplicar, siendo aplicables al caso controvertido, lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Nº 2351 de 1965 en su numeral 1º, y en los artículos 1494, 1501, 1602, 1603, 1618, 1621, 1625 numeral 2º, 1687, 1690, 1693, 1973, 2008 inciso 1º, y 2053 del Código Civil. Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, son los siguientes: 1º Dar por demostrado, sin estarlo, que entre Julio César Vergara e Ingenio Riopaila Ltda., existió un contrato de trabajo que se ejecutó durante el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1958 y el 31 de marzo de 1967; 2º Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo celebrado entre Julio César Vergara y la sociedad Ingenio Riopaila Ltda., el 1º de abril de 1967 fue para "cambiar la denominación que erróneamente le había dado a la convención celebrada inicialmente en agosto de 1958" por lo que existió una sola relación contractual de trabajo desde el 1º de septiembre de 1958 hasta el 10 de diciembre de 1969. 3º No dar por demostrado, estándolo, la existencia de un contrato de ejecución de obra o labor, de naturaleza civil, celebrado entre Julio César Vergara e Ingenio Riopaila Ltda., que se desarrolló durante el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1958 y el 31 de marzo de 1967, 4º No dar por demostrado, estándolo, que Julio César Vergara prestó sus servicios a la sociedad Ingenio Riopaila Ltda. mediante contrato de trabajo, únicamente durante el período comprendido entre el 1º de abril de 1967 y el 10 de diciembre de 1969. 5º No dar por demostrado, estándolo, la existencia sucesiva de dos vinculaciones de distinta índole entre Julio César Vergara e Ingenio Riopaila Ltda., la primera de naturaleza civil originada en el contrato de ejecución de obra o labor de fecha 19 de agosto de 1958 que obra al folio 17, y la segunda de naturaleza laboral, originada en el contrato de trabajo de fecha 1º de abril de 1967 (folios 19 a 21). Las pruebas erróneamente apreciadas, que llevaron al sentenciador a incurrir en los errores de hecho antes mencionados, son las siguientes: a) El contrato celebrado entre Julio César Vergara y el señor Luis Ernesto Sanclemente, en representación de Ingenio Riopaila Ltda., suscrito en la ciudad de Cali el día 19 de agosto de 1958, que obra, en sendos ejemplares de un mismo tenor, a folios 8 y 17 del cuaderno Nº 1. b) El contrato de trabajo celebrado entre Luis Ernesto Sanclemente C., en representación de Ingenio Riopaila Ltda., y el señor Julio César Vergara, de fecha 1º de abril de 1967, que obra, en sendos ejemplares, de folios 9 a 11 y 19 a 21 del cuaderno Nº 1. c) La diligencia de Inspección Ocular, verificada el día 11 de septiembre de 1970 por el Juez del conocimiento, que obra a folios 40 y 41 del cuaderno Nº 1. d) El dictamen pericial rendido por el perito Jorge Hernán Alomia Salinas, de fecha 13 de octubre de 1970, que obra de folios 44 a 54 del cuaderno Nº 1, y la ampliación del mismo dictamen, de fecha 2 de noviembre de 1970, que obra al folio 58 del citado cuaderno. e) Los documentos referentes a la liquidación y al pago de las prestaciones sociales efectuado por la empresa Ingenio Riopaila Ltda. a Julio Cé-

sar Vergara, que obran a folios 24 y 25 del cuaderno Nº 1, y el documento emanado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional del Valle, que obra al folio 37 del mismo cuaderno. Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal, son las siguientes: a) La carta de fecha 18 de agosto de 1958, suscrita en Cali por el demandante Julio César Vergara y dirigida al representante de Ingenio Riopaila Ltda., señor Luis Ernesto Sanclemente, que obra al folio 18 del cuaderno Nº 1. b) El certificado Nº 2809, de fecha 31 de mayo de 1967, expedido por el médico de la división de medicina del trabajo, Seccional de Cali, que obra al folio ?2 del cuaderno Nº 1. c) El documento por el cual se modificó el contrato de trabajo celebrado entre Julio César Vergara e Ingenio Riopaila Ltda., que obra al folio 23 del cuaderno Nº 1. d) El documento de los Seguros Sociales, "aviso de salida", de la Seccional del Valle, que obra a folio 26 del cuaderno Nº 1".

Al sustentar el cargo se refiere a la errónea apreciación que el Tribunal Superior hizo de los contratos celebrados entre las partes para llegar a la conclusión que ambas rigieron una relación de trabajo, que obedece a su juicio a un análisis defectuoso de los mismos y a un ilógico raciocinio, sin respaldo en el proceso, y luego argumenta así:

"En efecto, de conformidad con lo estipulado entre las partes, según la cláusula primera del contrato celebrado el 19 de agosto de 1958, Julio César Vergara se obligó, en su condición de técnico de radio telefonía y obrando especialmente como contratista independiente a prestar a Ingenio Riopaila Ltda. el servicio de mantenimiento y reparaciones del equipo de radio teléfonos que usa esta empresa para sus comunicaciones privadas. Como consecuencia lógica de la obligación de resultado que adquirió el contratista con la empresa, se comprende, sin ningún esfuerzo, cuál es el sentido y alcance natural y obvio de lo consignado en los literales a), b), c), d) y e) de la misma cláusula primera, en los cuales simplemente se detallan los medios que el contratista utilizará para poder cumplir con la obligación que asume en el contrato, de mantener las comunicaciones privadas de la empresa con todas sus dependencias. Dentro de la naturaleza de esa obligación no puede menos de entenderse, aunque no se hubiese dicho, que en ella se comprende la de revisar los equipos, trasladarse a los sitios donde funcionen los Ingenios de Riopaila y Central Castilla, para poder efectuar las labores de revisión, reparación y cambios necesarios e indispensables "a procurar por todos los medios técnicos a su alcance, que los expresados aparatos permanezcan continuamente en óptimas condiciones de servicio". Si el mismo Tribunal, en el punto 5º de la motivación del fallo, acepta que Julio César Vergara como técnico especializado podía obrar con autonomía, no existe lógica al concluir que las actividades desarrolladas por el contratista apara cumplir su obligación fundamental, llevan implícita una dependencia jurídica o subordinación patronal. Esa apreciación y conclusión resultan erróneas, si se tiene en cuenta que son las mismas partes contratantes quienes manifiestan en forma expresa y clara, en la cláusula primera, que Vergara se obliga "como contratista independiente" y que en la cláusula cuarta ratifican expresamente ese criterio y esa voluntad contractual, al estipular lo siguiente: 'Cuarta. En el cumplimiento de sus obligaciones el contratista obrará con libertad técnica y directiva, sin sujeción a horarios ni a reglamentos de trabajo es decir, sin vínculos de continuada subordinación o dependencia respecto a Ingenio Riopaila Ltda., o sea como contratista independiente'. El contenido y alcance de las cláusulas del mencionado contrato, en el cual las partes libremente determinan la naturaleza de la relación contractual, y se califica a Vergara como 'contratista independiente', se pone más de manifiesto si se toma en consideración la carta suscrita por Julio César Vergara el 18 de agosto de 1958, dirigida al gerente general de Ingenio Riopaila Ltda., señor Luis Ernesto Sanclemente, en que pone de presente su capacidad y conocimiento técnico en la materia para la cual se le contrató posteriormente, y en que manifiesta que tiene instalado su taller en un local de su propiedad para atender a su clientela, documento que obra al folio 18 del cuaderno principal y que no fue apreciado por el Tribunal, en el que se expresa, entre otras co-

sas, lo siguiente: 'Muy atentamente me permito dirigirles la presente con el fin de informar a ustedes que estoy en condiciones de prestar el 'Servicio Técnico' para los equipos Radio-Telefónicos de F. M. que tienen instalados en los Ingenios de Riopaila, Castilla y esta ciudad. Confirmo que estoy en condiciones de prestar el servicio técnico periódicamente a los equipos de los Ingenios mencionados y normalmente permaneceré chequeando la Red de F. M., haciendo extensivos mis servicios técnicos a los equipos de sonido que ustedes tienen instalados en algunas camionetas. También les informo que tengo instalado mi taller en un local de mi propiedad el cual está situado en la carrera 9ª Nº 18-28 de esta ciudad, cuyo teléfono es el Nº 3240'. Sabido es, porque así lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, que en el contrato de obra, el locador se obliga a un resultado concreto y previsto; que una es la subordinación que se exige dentro del contrato de trabajo, y otra cosa es el derecho de vigilancia y control que en cierto grado y sin que llegue a implicar un sometimiento personal se ejerce dentro del contrato de obra. Quien tiene facultad y capacidad para obligarse, es quien puede decidir cuál es el convenio que contrata y cómo lo quiere, conforme a la libertad de estructuración en el contenido de los convenios que consagra el artículo 1602 del Código Civil y con las salvedades impuestas por las normas que restringen aquella libertad, por razones de orden público o de interés general o social. En tales condiciones, y como lo ha expresado en múltiples fallos esa H. Sala de la Corte, 'el juez debe atenerse a la forma contractual estipulada por las partes, conforme al principio de la autonomía de la voluntad; pero si el contrato, en su ejecución, no se ajusta a lo pactado, priva el que resulte de los hechos. La naturaleza misma del vínculo laboral impone esta solución, ya que no es de cumplimiento instantáneo sino sucesivo. Su ejecución a través del tiempo es lo que permite saber si quien presta el servicio lo rinde con autonomía o con independencia de quien lo recibe'. En el caso de autos, el demandante no aportó prueba alguna para acreditar que el contrato celebrado con fecha 19 de agosto de 1958 (folios 17) en su ejecución, no se ajustó a lo pactado. Es decir, no existen pruebas sobre la forma como se efectuaron y cumplieron las relaciones contractuales entre las partes en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1958 y el 1º de abril de 1967, que hubiesen permitido al Tribunal concluir con acierto y con fundamento en hechos probados, que la vinculación del demandante con la empresa fue de carácter laboral. No existiendo la demostración de un posible contrato realidad, con fundamento en hechos suficientes a configurar un contrato de trabajo que pueda oponerse al signado por las partes y prevalecer sobre él, era deber del juzgador estarse a lo que consta en el contrato escrito, o sea, reconocer que el demandante frente a la empresa demandada actuó como un contratista independiente en la prestación de los servicios de mantenimiento de la red de comunicaciones radio-telefónicas privadas de la empresa, en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1958 y el mes de marzo de 1967. Al respecto, es oportuno recordar lo que ha dicho en reiterada y constante jurisprudencia esa honorable Sala de la Corte: 'Si el trabajador para acreditar el hecho de su servicio, lo afirma en probanza que al mismo tiempo revele el carácter independiente de la relación, o si este aparece de otras pruebas producidas por el mismo trabajador, resultará imposible desconocerlo, fraccionando la prueba respectiva o valorando parcialmente el acervo probatorio". (Sent. 9 de abril de 1956, D. del T., Vol. XXIII Núms. 136-138, Pág. 188). Por otra parte, el documento que obra de folios 19 a 21 del cuaderno Nº 1 establece que sólo a partir del 1º de abril de 1967 se ejecutó un contrato de trabajo celebrado válidamente, por el cual el trabajador se obligó, según reza la cláusula primera, a prestar al patrono ya su servicio exclusivo su capacidad normal de trabajo en el desempeño de todas las funciones propias del oficio de encargado de mantenimiento de la red radio telefónica y equipos de aire acondicionado, funciones que el empleado está obligado a desempeñar de conformidad con los reglamentos, órdenes e instrucciones que le señale el patrono, observando en su desempeño el cuidado y diligencia necesarios; se estipuló que el servicio antes dicho lo pres-

tará el empleado, con residencia en la ciudad de Cali, se obligó a no atender durante las horas de trabajo asuntos y ocupaciones particulares distintas de las que el patrono le encomiende sin previa autorización de éste. Por la cláusula segunda, se estipuló una remuneración de $ 2.500.00 mensuales, pagaderos por quincenas vencidas, por concepto de la jornada ordinaria de trabajo contratada; por la cláusula tercera el trabajador se obliga a cumplir una jornada mínima de 48 horas semanales; en la cláusula cuarta se estipula un período de prueba de 60 días. vencido el cual, sin que haya dado aviso de la terminación del contrato. éste se entenderá celebrado en firme por término indefinido; por la cláusula séptima el trabajador designa como beneficiaria del seguro de vida obligatorio a su esposa Merizalda García de Vergara, y renuncia expresamente a prestaciones provenientes de dolencias que lo aquejan en el ojo derecho, un Pterigio III y probable presbicea. Por la cláusula novena se hace constar expresamente que el empleado se encuentra prestando sus servicios a la empresa desde el 1º de abril de 1967. La iniciación de un contrato de trabajo solo a partir del 1º de abril de 1967, como se estipula en el citado documento, se corrobora con el que obra al folio 22, referente al examen de admisión del trabajador y del cual aparece que éste renuncia, ante el médico de la división de medicina del trabajo, seccional de Cali, a reclamar prestaciones sociales por razón de las dolencias que le aquejan en el órgano de la vista, como se expresó antes. Se acredita esa misma fecha con el documento originario de la Caja de los Seguros Sociales, Seccional del Valle, que obra al folio 26, y también en el documento que obra al folio 23, por el cual las partes modifican el contrato de trabajo, en desarrollo de lo previsto en la clásula sexta del contrato de fecha 1º de abril de 1967. En ninguna parte del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1º de abril de 1967, aparece manifestación o concepto alguno que permita al sentenciador hacer la afirmación contenida en el punto 14 de su motivación, de que los contratantes, el 1º de abril de 1967, resolvieron cambiar la denominación que erróneamente le habían dado al convenio celebrado inicialmente en agosto de 1958, lo que significa que desde la fecha últimamente citada, hasta la terminación del contrato por decisión unilateral e injusta de la empresa, existió una sola relación de trabajo y, por consiguiente, la extinción de los derechos laborales debe empezar a contarse a partir del 10 de diciembre de 1969, respecto de los exigibles en ese día".

En relación con la inspección ocular practicada por el juez del conocimiento en las oficinas de la empresa demandada, dice el casacionista que con base en ella no es posible deducir que es una misma la relación contractual contenida en los documentos que obran a folios 17 y 19 a 21, y de que los servicios que en ambos contratos se contemplan deben entenderse amparados bajo una sola o uniforme denominación y tutela jurídica, pues el juez en la citada diligencia se limitó a dejar constancia de los libros contables que la empresa puso a su disposición, sin que dejase consignada ninguna observación con fundamento en el examen o conocimiento de los documentos y papeles de la empresa, por lo cual resulta apreciada erróneamente esta prueba por el Tribunal al apoyar en ella las conclusiones referidas.

Respecto al dictamen pericial, argumenta también que esta prueba fue erróneamente apreciada por el Tribunal Superior al apoyarse en ella para sus conclusiones, pues el citado dictamen se limita a detallar únicamente los cheques girados y los pagos efectuados al demandante Vergara por Ingenio Riopaila Ltda. desde septiembre de 1958 hasta el mes de noviembre de 1969; que en cambio de esta prueba sí resulta claro que entre el mes de septiembre de 1958 y el mes de febrero de 1967, el demandante recibió varios cheques de la sociedad demandada, en pago no solo de los honorarios o remuneración pactada en el contrato de 19 de agosto de 1958 sino también por el valor de materiales que utilizó en la reparación y mantenimiento de los servicios de comunicación con la empresa y por otra serie de contratos que durante ese mismo período celebró con Ingenio Riopaila Limitada, referentes a labores distintas del mantenimiento de las comunicaciones existentes.

Luego el recurrente sintetiza así su argu-

mentación: "De todo lo anterior se llega a la conclusión evidente de que el documento privado que contiene el contrato de fecha 19 de agosto de 1958 y que obra al folio 17 del cuaderno Nº 1, comprende de manera cierta y protuberante una convención de naturaleza y estructura netamente civil, documento que por no estar tachado ni redargüido de falsedad y que ha figurado en el juicio como medio demostrativo de una convención bilateral que comprende obligaciones de ambas partes, libremente estipuladas, debe producir los efectos civiles que de él se originan. El sentenciador al no reconocerle esa calidad y sus efectos exclusivamente civiles y al estimarlo como un contrato de naturaleza laboral, contentivo de una relación de trabajo subordinado entre el demandante y la demandada, incurrió en los errores de hecho, evidentes y manifiestos, con incidencia en la parte resolutiva de la sentencia, que en número de cinco he puntualizado y concretado en la iniciación de este cargo, los cuales quedan demostrados plenamente mediante el análisis y confrontación de las pruebas que obran en el proceso, no solo de las que estimó equivocadamente el sentenciador, sino también de las que dejó de apreciar y que he señalado en este cargo".

Por último el impugnador se refiere a la incidencia de los errores de hecho que atribuye al sentenciador en la violación de las normas sustanciales señaladas como infringidas en la enunciación del cargo.

El opositor pide no se case la sentencia recurrida, por cuanto considera que el Tribunal Superior no incurrió en los errores de hecho anotados por el recurrente.

Se considera

La cláusula primera del contrato celebrado el diez y nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho entre Ingenio Riopaila Ltda., es del siguiente tenor:

"Vergara, en su condición de técnico en radiotelefonía y obrando especialmente como contratista independiente, se obliga a prestar a Ingenio Riopaila Ltda., el servicio de mantenimiento y reparaciones del equipo de radioteléfonos que usa esta empresa para sus comunicaciones privadas. En consecuencia, el contratista queda obligado: a) A concurrir diariamente, a las 8 a.m., a las oficinas de Ingenio Riopaila Ltda., en esta ciudad, a revisar los equipos de radio de F. M., que dicha sociedad tiene instalados y en funcionamiento en tales oficinas, e igualmente los transmisores localizados en el edificio del Hotel Alférez Real, con el fin de probarlos y en caso de que acusen fallas o daños, proceder en seguida a las reparaciones que fueren necesarias para restablecer el normal servicio de comunicaciones con los Ingenios de Riopaila y Central Castilla; b) A trasladarse a los ingenios de Riopaila, en el Municipio de El Zarzal y Central Castilla, en el Municipio de Pradera, cuantas veces fuere necesario, para la revisión de los equipos instalados en esos ingenios y corregir los daños que llegaren a sufrir para el inmediato restablecimiento de las comunicaciones en toda la red de servicio a que están destinados; c) A prestar los mismos servicios de revisión y reparaciones en los equipos amplificadores de sonido instalados o que se instalen en vehículos de propiedad de Ingenio Riopaila Ltda., o que pertenezcan a sociedades filiales de ésta; d) A efectuar los traslados de equipos de un sitio a otro si fuere necesario, o porque esta medida deba adoptarse en beneficio de un mejor sistema de comunicaciones; e) A efectuar los cambios que ordene el Ministerio de Comunicaciones bajo cuyo permiso operan los radioteléfonos; y, en fin, a procurar por todos los medios técnicos a su alcance, que los expresados aparatos permanezcan continuamente en óptimas condiciones de servicio".

La cláusula cuarta del mismo contrato dice: "En el cumplimiento de sus obligaciones, el contratista obrará con libertad técnica y directiva, sin sujeción a horarios ni a reglamentos de trabajo, es decir, sin vínculos de continuada subordinación o dependencia respecto a Ingenio Riopaila Ltda., o sea como contratista independiente. En consecuencia, esta sociedad queda exonerada de pagar al contratista todo género de indemnizaciones o prestaciones sociales, máxime cuando las labores confiadas al contratista no tienen relación alguna con las actividades industriales y comerciales que constituyen el objeto social de dicha

compañía, y solo forman parte de su servicio de comunicaciones".

De la apreciación de las cláusulas anteriores el Tribunal dedujo lo siguiente:

"4. En el caso de autos, es verdad que en la cláusula 'Cuarta' se pactó que el contratista obraría con libertad técnica y directiva, "sin sujeción a horarios ni a reglamentos de trabajo, es decir, sin vínculos de continuada subordinación o dependencia respecto a Ingenio Riopaila Ltda.". No obstante, se observa que en la cláusula "Primera" se le impuso al actor, entre otras, la obligación de "concurrir diariamente, a las 8 a. m., a las oficinas; a "proceder en seguida a las reparaciones" que resultaren indispensables "para restablecer el normal servicio de comunicaciones"; a "trasladarse a los Ingenios de Riopaila, en el Municipio de El Zarzal, y Central Castilla, en el Municipio de Pradera, cuantas veces fuere necesario, para la revisión de los equipos instalados..., etc. 5. Para la Sala, lo anterior significa que Julio César Vergara realmente fue contratado como técnico especializado y que por consiguiente era lógico presumir que podía obrar con autonomía, pero ello no quiere decir que se desvirtúe la subordinación a la parte patronal, desde luego que las obligaciones que en virtud del mismo contrato se le impusieron, llevan implícita esa dependencia jurídica, además de que estaba en el deber de permanecer disponible a las exigencias de la empresa, "cuantas veces fuere necesario". 6. Por otra parte, el contratista independiente debe realizar la labor valiéndose de sus propios medios, y se observa como la sociedad libelada tomó para sí la carga de suministrarle los repuestos y elementos necesarios, así como también el transporte que la eficaz prestación del servicio le exigiera, con lo que también se concluye que la asunción de riesgos tampoco la tuvo el demandante, sino que en su totalidad corría por cuenta del empleador". 7. Igualmente, se anota que como contra-prestación al trabajo u obra ejecutados por el contratista, el beneficiario debe pagarle un precio determinado, y en el caso **sub-lite** se pactó una remuneración mensual, causárase o no la actividad del operario, lo cual indica que no se le estaba cancelando el valor de una obra, sino un salario como prestación de sus servicios, aunque se fijó a título de honorarios. 8. La circunstancia alegada por el recurrente de que el actor no estaba sometido a horario ni a reglamento, tampoco desvirtúa la existencia del elemento dependencia o subordinación, desde luego que la jornada de trabajo puede ser la que acuerden las partes, de conformidad con lo previsto en el Art. 158 del C.S.T., y que si el patrono no le impone al trabajador una asistencia mínima, ello simplemente quiere decir que no ha hecho uso de la potestad disciplinaria, inherente a todo empresario. 9. Así estima la Sala que no se ha acreditado que el señor Julio César Vergara fuera respecto de Ingenio Riopaila Ltda., un contratista independiente y que por el contrario, ante las obligaciones impuestas por la parte demandada, la prestación personal del servicio y el salario pactado en el convenio escrito, lo que allí se configura es un contrato de trabajo, que no deja de serlo, tal como lo preceptúa el inciso 2º del Art. 23 del C.S.T., "por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

El recurrente encuentra falta de lógica en la motivación 5ª del Tribunal Superior, pues al reconocer que el demandante obraba con autonomía, no era posible que dedujera que existía una dependencia jurídica respecto al patrono. Para la Sala esta incongruencia no existe si se entiende que el fallador de segunda instancia se refirió a la autonomía técnica, dado que fue contratado como técnico especializado, la que no excluye la subordinación a que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que es una dependencia de carácter jurídico. Para el Tribunal Superior, en consecuencia, el demandante era autónomo desde el punto de vista técnico, pero subordinado, bajo dependencia personal o jurídica a la sociedad demandada.

Que en la cláusula primera se denominase a Vergara como "contratista independiente" no impedía al Tribunal que llegase a conclusión contraria con el análisis del servicio que debía prestar el demandante y de las modalidades que se pactaron para que su prestación y en verdad que lo de lo estipulado en la cláusula primera bien podía deducir el Tribunal, sin que incurriese

en notorio error de hecho, que en el ejercicio de sus funciones, Vergara estaba subordinado a Ingenio Riopaila Ltda., dado que el servicio personal debía prestarlo bajo modalidades como la de concurrir diariamente a las oficinas de la empresa a determinada hora y a trasladarse a los Ingenios cuantas veces fuese necesario.

Respecto a la cláusula cuarta, las partes estipularon que el demandante cumpliría sus obligaciones con libertad técnica y directiva, sin sujeción a horarios ni a reglamentos de trabajo, o sea como contratista independiente. Lo pactado aquí puede considerarse como contradictorio con lo acordado en la primera, pues si en una se estipulan obligaciones que sólo bajo una subordinación pueden cumplirse, como lo interpretó el Tribunal Superior sin que incurriese en manifiesto error de hecho, en la otra se establece una autonomía técnica y directiva para el trabajador. Contradicción que se acentúa cuando se observa que en la primera se obliga el trabajador a asistir diariamente a las oficinas de la empresa a determinada hora y en la cuarta se dice que no estará sujeto a horario alguno. Ante esta discrepancia bien podía el fallador de segunda instancia estimar que la naturaleza del contrato estaba ligada a la primera cláusula y no a la cuarta.

Cierto es, como lo anota el recurrente, que no se demostró en el juicio cómo se efectuaron y cumplieron las relaciones contractuales entre las partes. Pero ante la ausencia de prueba sobre el particular no encuentra la Sala error evidente de hecho en la conclusión del fallador de que el contrato se ejecutó bajo algunas de las modalidades acordadas por las partes, o sea aquéllas que a su juicio correspondían mejor al cumplimiento de las obligaciones principales del trabajador.

Y es que no debe olvidarse que en materia laboral los jueces de instancia gozan de un gran campo de acción para interpretar los contratos, y si las conclusiones a que llegan tienen respaldo en algunas disposiciones contractuales, no se configura el error evidente de hecho por la sola circunstancia de que sea posible llegar a una solución diferente con apoyo en otras cláusulas del mismo contrato. La Sala, en relación con este aspecto, ha dicho:

' "Es que no debe perderse de vista que ' "el error de hecho manifiesto en materia de estimación o interpretación de un contrato, según reiterada doctrina, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso se le hace decir lo que no dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas" '. (Véase sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1968, Celanese Colombiana S. A., contra el Sindicato de Trabajadores). Conviene tener en cuenta para poder saber hasta dónde es "manifiesto" el error de hecho que se imputa a una sentencia, que las diversas figuras jurídicas que el derecho define no se encuentran siempre tipificadas de manera tajante, por lo cual muchas veces un solo elemento, entre varios, fija la línea de demarcación, que si en abstracto sin dificultad se encuentra, en el terreno de los hechos controvertidos y de pruebas diversas y contradictorias el asunto se torna sutil o dudoso y tan valederas son las razones para sostener una tesis o su opuesta, según el criterio de quien juzgue y aprecia los elementos de convicción arrimados por las partes para demostrar sus respectivas razones. En estos casos, prima el criterio del juzgador de instancia, al que el sistema de la convicción racional consagrado en el artículo 61 del C.P. del T., le otorga amplia soberanía en la apreciación del haz probatorio, no susceptible de rechazo por la Corte, sino por vía excepcional, o sea, cuando lo hizo decir lo que no reza o cuando no vio lo que claramente surge de su texto" '. (Casación 31 de mayo de 1971, Noé Pinzón Molano contra Instituto Colombiano de Seguros Sociales).

La carta que obra a folio 18 es una oferta que hace el demandante a la demandada para prestar sus servicios; pero de ella no puede deducirse que los ofreciese únicamente en forma independiente, porque a tal conclusión no puede llegarse con base en la afirmación que hace de que tiene instalado un taller de su propiedad, si por otro lado informa que aspira a un sueldo mensual de

seiscientos pesos y que por estar en libertad, "puede prestar los servicios mencionados en forma directa y personal, a partir del 1º de septiembre del presente año". Puede entenderse, en consecuencia, que lo que se ofrece prestar es un servicio de una u otra naturaleza, subordinado o independiente.

El documento que obra de folios 19 a 21 prueba que las partes firmaron un contrato de trabajo el 1º de abril de 1967, pero no establece plenamente, como lo pretende el casacionista, que solo a partir de esa fecha se ejecutó un contrato de trabajo, pues su celebración no se opone necesariamente a que antes se hubiesen prestado servicios personales subordinados por el trabajador demandante en beneficio de Ingenio Riopaila Limitada. Lo mismo puede afirmarse del examen de admisión practicado al demandante, que es un requisito previo a la celebración del contrato. Y el documento de la Caja Seccional del Seguro del Valle solo prueba la fecha de afiliación, pero no la de iniciación del contrato.

La Inspección ocular no arroja mayor luz para determinar la naturaleza del vínculo que rigió las relaciones de las partes entre el 1º de septiembre de 1958 y el 31 de marzo de 1967, pues como lo dice el recurrente, en el acta de la diligencia, el Juez del conocimiento se limitó a dejar constancia de que se habían puesto a su disposición los libros de comprobantes de egresos del 1º de septiembre de 1958 a marzo 30 de 1967, y las planillas de pago de abril 1º de 1967 a diciembre 10 de 1969. Cuanto al concepto del perito, no surgiendo de los documentos estudiados que el fallador de segunda instancia hubiese incurrido en evidente error de hecho, le está vedado a la Corte buscar la existencia de ese error en la prueba pericial, dadas las limitaciones impuestas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

De lo anterior se concluye que no está demostrado que el Tribunal Superior de Cali hubiese incurrido en manifiesto error de hecho al dar por demostrado que entre Julio César Vergara e Ingenio Riopaila Ltda., existió un contrato de trabajo que se ejecutó durante el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1958 y el 31 de marzo de 1967. Consecuencialmente tampoco están demostrados los otros errores de hecho señalados por el impugnador, por cuanto la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de abril de 1967 y el 10 de diciembre de 1969 es un hecho indiscutido del proceso.

El cargo, por lo tanto, 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 de noviembre de mil novecientos setenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA DE CASACION CIVIL

RESOLUCION DE CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 10 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Pedro María Zambrano Murcia y otro contra Eustorgio Torres. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel.

RESCISION DE LA VENTA POR VIOLENCIA GENERALIZADA. — *Los artículos 1º de la Ley 201 de 1959, 174 y 241 del C. de P. C. no son normas sustanciales.* — Sentencia de 10 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por David Leal Gutiérrez contra Marco Castellanos y otros. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION.—*Causal 4ª. Técnica de casación.* — Sentencia de 10 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por León Londoño Muñoz contra Gabriel Penagos Estrada. Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. — *Revisión de la sentencia del Juez de Menores. Se puede hacer nuevo planteamiento de la pretensión.* — Sentencia de 12 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Ricardo Escobar Mejía contra Matilde Amelia López y otra. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria del estado civil de hijo natural.* — Sentencia de 12 de julio de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Hernando de Jesús, Luis Carlos Alvarez y otros contra Benjamín Alberto Navarro Jaramillo y otros. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — *Error de hecho. Casa la sentencia para ordenar recibir las declaraciones con las formalidades legales.* — Sentencia de 13 de julio de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por María Orfa Santa contra los herederos de Juan E. Galeano. Abogado Asistente Dr. Hernán Salamanca Porras.

FILIACION NATURAL.— *Aplicación de la nueva ley sobre el estado civil. Modificaciones de la Ley 75 de 1968.* — Sentencia de 14 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el juicio ordinario promovido por Florencia Ramona García contra Luis Francisco García Navarrete y otros. Abogado Asistente Dr. Ernesto Gamboa Alvarez.

PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION. — *Medio nuevo en casación.* — Sentencia de 17 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Elvira Cepero y otra contra Ruperto o Roberto Osorio Bernal y otros. Abogado Asistente Dr. Ernesto Gamboa Alvarez.

MEJORAS. — *Accesión. Principio de prueba por escrito.* — Sentencia de 25 de julio de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Amelia y Gabriela Echeverri A. contra Ligia Echeverri A. Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. — *Técnica de casación. Calidad de heredero.* — Sentencia de 27 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el juicio ordinario promovido por Carmen Ramírez Rodríguez contra los herederos de Juan Francisco Ramírez R. Abogado Asistente Dr. Ernesto Gamboa Alvarez.

PERTENENCIA. — *Apreciación de testimonios y de indicios.* — Sentencia de 27 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Juan B. Rodríguez contra Isidoro Mayorga. Abogado Asistente Dr. Hernán Salamanca Porras.

FILIACION NATURAL. — *Plurium constupratorum.* — Sentencia de 31 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario del menor Pedro Pitre, representado por su madre natural Yolanda Pitre contra Leonor Castro Mejía de Maestre y otras. Abogado Asistente Dr. Alberto Ospina Botero.

ACTIO IN REM VERSO. — *Acción de dominio contra el que enajena la cosa.* — Sentencia de 31 de julio de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Fanny Judith Cleves y Cecilia González de Bonilla contra el Municipio de Ibagué. Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín.

NULIDAD DE REMATE. — *Formalidades del remate.* — Sentencia de 3 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Lucía Gouffray v. de García contra Belisario Clavijo. Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín.

TRANSPORTE. — *Responsabilidad del transportador. Técnica de casación.* — Sentencia de 4 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A." contra la sociedad "Transportes Expresos de Carga Limitada". Abogado Asistente Dr. Ernesto Gamboa Alvarez.

REIVINDICACION. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 9 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Carlos Felipe Andrade contra Guzmán Ender y otros. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — Auto de 16 de agosto de 1972. Resuelve el conflicto de competencia entre los Juzgados 1º Civil de Menores de Bucaramanga y el de San Gil. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DENUNCIO PENAL. — Sentencia de 21 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Efraín Rodríguez Ruiz contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. — *Reconocimiento tácito de documento por curador ad litem.* — Sentencia de 22 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Teodomira Fuentes Rueda contra los herederos de Elías Fuentes Rodríguez. Abogado Asistente Dr. Hernán Salamanca Porras.

CALIFICACION DE LA DEMANDA DE CASACION. — Auto de 22 de agosto de 1972. DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto por Ignacio López Uribe contra la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Medellín.

FILIACION NATURAL. — *Valoración de pruebas: se rige por la ley posterior. Apreciación de indicios. El hijo natural, en concurrencia con la cónyuge hereda las 3/4 partes.* — Sentencia de 25 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Ana Matilde Contreras Bohórquez contra Domitila García v. de Cuesta y Juan Cuesta Alvarez. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *Valoración de la prueba testimonial.* — Sentencia de 29 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Betsabé Rocha Cortés quien demandó a la sucesión del señor Leoncio González M. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. — *Aplicación de nuevas normas procesales.* — Sentencia de 31 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Belisario Rivera Moya contra Jesús Moya Rivera y otros. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. — *La posesión es susceptible de cualquier clase de prueba.* — Sentencia de 1º de septiembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Blanca Tovar Carreño contra Bernardo Tovar Gómez. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. — *Técnica de casacion.* — Sentencia de 1º de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Gustavo Alberto Troncoso Ferrati contra Felipe Luna. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. — *Se requiere interés para alegar nulidad o interponer recursos.* — Sentencia de 11 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Leonor Barrero de Orejarena contra María Faustina Martínez Garbán. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria. Fallo de instancia.* — Sentencia de 18 de septiembre de 1972. En el proceso de Carmen Josefa Fletscher contra José Joaquín Monroy Guzmán. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

INCIDENTE DE NULIDAD FUERA DE TIEMPO. — Auto de 21 de septiembre de 1972. En el juicio de Juan B. Rodríguez contra Isidoro Mayorga. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. — *Nulidad por falta de notificación.* — Sentencia de 21 de septiembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Enrique Ortega contra Daniel Salazar Pantoja y otro. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

QUEJA. — Auto de 25 de septiembre de 1972. CONCEDE EL RECURSO DE CASACION interpuesto por Ambrosio Parrado Méndez contra Víctor M. Rojas Ortega. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

QUEJA. — Auto de 28 de septiembre de 1972. CONCEDE EL RECURSO EXTRAORDINARIO interpuesto por Ceneida Becerra de T. contra Ignacio Ismael Tobaría. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

RECURSO DE REVISION. — Auto de 3 de octubre de 1972 proferido por la Corte en el proceso ordinario promovido por Judith Hernández contra Víctor Romero Peláez.

REIVINDICACION. — *Litisconsorte simple o facultativo. Medio nuevo en casación. Saneamiento por evicción.* — Sentencia de 4 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Pedro Arce contra Cooperativa de Transportes del Valle Ltda., Juan Manfredi y Esso Colombiana S. A. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *La continuidad e intimidad se predican del trato personal y social, no de las relaciones sexuales.* — Sentencia de 16 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por José Angel Miranda frente a Isaac Cruz, Belén Cruz Carvajal y otros. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

RESOLUCION DE PROMESA DE VENTA. — *Contrato y convención. El origen del dinero con que se paga un precio nada tiene que ver con la existencia o validez del contrato.* — Sentencia de 18 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por José Antonio López Gaviria frente a los herederos de Manuel Antonio Sierra Madrid. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. — *Individualidad de la confesión.* — Sentencia de 19 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Jorge Castro Guevara contra Agripina Rey de Rozo. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. — *Técnica de casacion.* — Sentencia de 26 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario promovido por el municipio de Cartagena contra "Cementos del Caribe S. A.". Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — Auto de 4 de noviembre de 1972. Conflicto especial de competencia suscitado entre los jueces Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá y Civil del Cir-

cuito de Chiquinquirá en el juicio sucesorio de Juan Nepomuceno Bohórquez. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén.

REVISION DE SENTENCIA EJECUTORIADA. — *No es lo mismo recobrar que mejorar una prueba. Exigencias del recurso.* — Providencia de 6 de noviembre de 1972. NO SE INVALIDA la sentencia de 2ª instancia de 12 de agosto de 1967, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Mercedes Vanegas Lotero de Deaza y otros contra Cándido Molano Martínez y otra. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria del estado civil: fama. Petición de herencia. Reforma del testamento.* — Sentencia de 7 de noviembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario promovido por Gerardo y Argemiro Mejía contra Esneda Cardona de Echeverri. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. — *Prevalencia de títulos en la reivindicación.* — Sentencia de 13 de noviembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Clímaco Herrán y Teodolinda Varón de Herrán contra Luis Alberto Flórez Suárez. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR DE CAJILLA DE SEGURIDAD. — *Causal 5ª. Técnica de casación.* — Sentencia de 17 de noviembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Elvira Bejarano de Pulecio contra el Banco Central Hipotecario. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. — *Nulidad por indebida representación. Técnica de casación.* — Sentencia de 20 de noviembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por el Municipio de Tenerife contra Juan de Dios Illera y Rufino González Miranda. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 22 de noviembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Jaime Cadena contra los herederos de Waldino Rincón Garzón. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

REVISION DE SENTENCIA DEL JUEZ DE MENORES. — *Exceptio plurium constupratorum.* — Sentencia de 23 de noviembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario instaurado por Alcardo Gaviria Correa contra Margarita María Velásquez. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD DE TESTAMENTO. — *Causal 2ª. Proposición jurídica completa.* — Sentencia de 7 de diciembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Juan de J. Cáceres Barrera contra Isabel Alicia Cáceres López y otros. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *Litisconsorte necesario. Legítimo contradictor. Personería para alegar nulidad. Certificaciones expedidas por jueces. Posesión notoria: trato y fama.* — Sentencia de 12 de diciembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por José Cecilio Jurado y otra contra Sofía Mier de Jurado y otros. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda.

NULIDAD DE PROCESO EJECUTIVO. — *Incongruencia. No la hay en fallo inhibitorio. Reformatio in pejus.* — Sentencia de 13 de diciembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogota, en el juicio ordinario promovido por Carolina Estrada de Pajón y otros contra Gilberto Muñoz Urrego y el Banco de Colombia. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper.

SALA DE CASACION LABORAL

CASACION. *(Técnica).* — La Corte, por sentencia de julio 10 de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Rafael Rolong contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA". Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. *(Técnica).* — La Corte, por sentencia de julio 12 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Medellín en el juicio de Néstor de J. Valencia contra el Municipio de Medellín. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

CACASION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de julio 17 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Guillermo Villa Santacoloma contra Compañía Distribuidora Tejidunión S. A. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de julio 21 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Arturo Muñoz Antolínez contra Industria Colombiana de Llantas S. A. (Icollantas). Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de julio 25 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Fernando Saldarriaga Múnera contra Fabio de Jesús Londoño Vásquez. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de julio 26 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio de Agustín Mayorga Sánchez contra Industria Colombiana de Llantas S. A. (Icollantas). Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C.

SALARIO VARIABLE. DOMINICALES. BUENA FE PATRONAL. — La Corte, por sentencia de agosto 2 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Arango contra Societé Parisienne D'Expansion Chimique S. A. (Specia Sucursal de Colombia). Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

TURNOS ROTATIVOS. — La Corte, por sentencia de 2 de agosto de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal de Medellín en juicio de Julio César Castaño contra el Municipio de Medellín. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de agosto 3 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de José Hugo Camacho Amaya contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena). Magistrado Ponente Dr. Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de agosto 3 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Aquilino Flórez contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. — La Corte, por sentencia de agosto 16 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Samuel Jiménez Panesso contra Genaro Otero V. y Cía. Limitada. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

HONORARIOS PROFESIONALES. — La Corte, por sentencia de 21 de agosto de 1972, CASA la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Rodrigo Valencia Jiménez contra Agroganadera Amsterdan Colombiana S. A. (Amsbercol). Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de agosto 30 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Gerardo Paredes contra Luis F. Pabón Portilla. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de agosto 31 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gustavo Chica Avendaño contra Distribuidora de Esmaltados Corona Ltda. y solidariamente contra su Gerente Alberto Marulanda Grillo. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION. — *(Técnica)*. La Corte, por sentencia de septiembre 1º de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Justo Corredor Garzón contra la Empresa Licorera de Cundinamarca. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 1º de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Clemente Aristizábal Jaramillo con-

tra el Banco del Estado S. A. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 8 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Sonia González Rendón contra Industrias Impal, Villegas, Rozo y Cía. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 8 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Juan Antonio Ruiz contra Puertos de Colombia. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION. — La Corte, por sentencia de septiembre 14 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Francisco Cadavid V. contra la Garantía A. Dishington S. A. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda V.

BUENA FE PATRONAL. — La Corte, por sentencia de septiembre 18 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso en el juicio de Ismael Enrico Roncancio contra Distribuidora Bavaria S. A. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 18 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Alcides González Velásquez contra Icollantas S. A., Industria Colombiana de Llantas. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

INDEMNIZACION POR MORA Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte, por sentencia de septiembre 19 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Ruiz Zúñiga contra Publicidad Toro Limitada. Magitrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 21 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alejandro Díaz contra la Beneficencia de Cundinamarca. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

ERROR DE HECHO. — La Corte, por sentencia de septiembre 21 de 1972 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jorge Gutiérrez Palacio contra Tecnoquímicas Ltda. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 26 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Prudencia Rentería Gómez contra la Empresa Puertos de Colombia. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

VALORACION DE PRUEBAS. — La Corte, por sentencia de 27 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de Santiago Jeremías Ruiz Peñuela contra Estruco Limitada. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 28 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Margarita Vásquez Arango contra Editorial El Diario Limitada. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de septiembre 29 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Noguera vda. de Rodríguez y otros contra Gregorio Sabogal Zapata y otros, solidariamente en su calidad de herederos del Presbítero doctor Daniel Sabogal Mora. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de octubre 4 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Rafael Hernández Nieto contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de octubre 5 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Román Jiménez Hidalgo contra "Bavaria S. A.". Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de octubre 6 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Saa contra Puertos de Colombia. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte, por sentencia de octubre 18 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Otoniel Pizza Patiño contra las sociedades Aseguradora Gran Colombiana S. A., Aseguradora Grancolombiana de Vida S. A., Aseguradora Grancolombiana S. A. y Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión "Gran Inversión S. A.", integrantes del Grupo Grancolombiano. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de octubre 19 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel A. Mora Velandia contra Industria Militar y contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional). Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

ERROR DE DERECHO Y ERROR DE HECHO. — La Corte, por sentencia de octubre 26 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Pedro Pablo Quintero contra Manufacturas Sedeco S. A. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de octubre 26 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de José Estiliano Acosta Vélez contra el Departamento de Cundinamarca e Insscun. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón.

INDEMNIZACION POR DESPIDO Y SANCION POR MORA. — La Corte, por sentencia de 2 de noviembre de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el juicio de José Danilo León Castillo contra Ruiz Hermanos y Cía. Limitada. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

CAPITAL DE LA EMPRESA. — La Corte, por sentencia de 10 de noviembre de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio de José de Jesús Muñoz contra Confecciones Vanytor Limitada. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. — La Corte, por sentencia de noviembre 21 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Flaminio Figueroa Cáceres contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte, por sentencia de noviembre 24 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Francisco Ramos Rozo contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de diciembre 6 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Emilio Martínez Murcia contra la Empresa Colombiana de Petróleos. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de diciembre 6 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Francisco Gonzalo Vélez contra las Empresas Comestibles La Rosa S. A. y Distribuciones Grace y Cía. (Colombia) S. A. o Grace y Cía. (Colombia) S. A. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de diciembre 7 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hermenegildo Manosalva contra la Fábrica de Cementos Samper. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de diciembre 11 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José Vicente Iglesias Quintero contra Puertos de Colombia. Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de diciembre 11 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Ballén Ballesteros contra Carboneras Calvo S. A. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. *(Técnica)*. — La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Enrique Augusto Posada Posada contra Comestibles La Rosa S. A. y Distribuidores Grace y Cía. (Colombia) S. A. o Grace y Cía. (Colombia) S. A. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C.

LIQUIDACION DE LA PENSION SANCION.— La Corte, por sentencia de 14 de diciembre de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Rafael Lince Latorre contra Siderúrgica S. A. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. — La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Dahiro Collazos contra la Sociedad Azul K Ltda. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

I N D I C E

SALA DE CASACION CIVIL

Páginas

CASACION. — *Requisitos formales de la demanda.* — Providencia de 25 de julio de 1972. Declara DESIERTO el recurso, proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por Ena Rodríguez de Uribe contra la sociedad "Londoño Restrepo y Cía. Ltda.". Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 5

SOCIEDAD CONYUGAL. — *La sucesión ni la sociedad conyugal son personas morales. La liquidación provisional de la sociedad conyugal, no puede referirse a bienes adquiridos con posterioridad al 1º de enero de 1933.* Sentencia de julio 31 de 1972. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por Nelly Bonilla N. y otros contra Juan de Dios Londoño Mejía y otros. Abogado Asistente Dr. Ernesto Gamboa Alvarez 9

REIVINDICACION.— *Contraevidencia. Venta de cosa ajena. El demandado, si no puede ser poseedor, debe expresarlo así en la contestación de la demanda. Posesión de buena fe: no se puede ser poseedor de buena fe sin tener un título constitutivo o traslaticio de dominio.* — Sentencia de 3 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Raúl Christian y Juan Darío Uribe G.; Antonio José Uribe y otros contra Armando (o Luis Martín) Uribe Arcila y otros. Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín 16

REIVINDICACION. — *Accesión: edificación en predio ajeno. Retención del constructor.* — Sentencia de 8 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Camila Londoño de Palacio contra Bernardo Isaza Londoño. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 38

SALVAMENTO DE VOTO del fallo anteriormente publicado. — Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 47

MATRIMONIO CIVIL. — *Es válido el celebrado en país extranjero por colombiano católico.* — Sentencia de 11 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Klaus Vollert Jaimes contra Helga Helene Hubert. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo 51

SOCIEDAD DE HECHO. — *Prueba por indicios.* — Sentencia de 14 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Faustina Emiliana Alzate de Sánchez contra Alejandro Alzate Arias y otra. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 64

SOCIEDAD DE HECHO. — *Inconsonancia.* — Sentencia de 16 de agosto de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario promovido por Deifilia Montoya de Monsalve contra Libia Monsalve Hoyos. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 77

FILIACION NATURAL. — *Nulidad y restitución de términos. Litisconsorte necesario y facultativo. Imprescriptibilidad de las acciones de estado.* — Sentencia de

Páginas

16 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Fidel Arias contra Francisco Anatolio y otra. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 84

SIMULACION. — *Modificaciones al sistema probatorio del antiguo código. Prueba para los terceros e inter partes.* — Sentencia de 23 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Isabel Sánchez de Quintero contra José de Jesús Sánchez y otro. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 96

REIVINDICACION. — *Venta separada de una misma cosa a dos personas.* — Sentencia de 31 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Hernán Torres B. y otros contra Elvira e Isabel Carvajal Sicard. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 103

RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA.— *Falsedad de documento. Su prueba. Incongruencia.* — Sentencia de 31 de agosto de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por María Isidra Blanco de Yáñez y otras contra Julio Escalante Valenzuela. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 113

CURADURIA. — *Guarda: tutelas y curadurías. Incapaces para ejercerla. Los actos ejecutados por guardador incapaz son nulos.* — *Prestaciones mutuas.* — Sentencia de 5 de septiembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por el menor Próspero Gerardo Cardona S. contra Rubiela Suárez de Buitrago, Pedro Marín Z. y la sociedad "Mowerman Hermanos". Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 126

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Dr. José María Esguerra Samper del fallo anteriormente publicado 133

Páginas

PROMESA DE CONTRATO. — *Casación per saltum. Error de derecho.* — Sentencia de 7 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Lucila Riveros v. de Parra y otros contra Carlos Alfonso Parra Martínez. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 137

FILIACION NATURAL. — *Presunción de paternidad legítima. Exceptio plurium constupratorum en relaciones ilegítimas. Reforma de la Ley 75 de 1968, en cuanto a relaciones sexuales.* —. Sentencia de 14 de septiembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Martha Cecilia Castañeda contra los herederos de Rafael Genaro Sierra. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 145

SOCIEDAD DE HECHO. — *Requisitos para formarla entre concubinos.* — Sentencia de 20 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Olga Alfonso Caballero contra Carmen Reyes de Neisa y otros. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel .. 152

SOCIEDAD. — *Contrato sui generis en el que no cabe la acción resolutoria por incumplimiento.* — Sentencia de 21 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Medina Manrique y otros contra Antonio Macías Vargas y otros. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 159

FILIACION NATURAL. *La Ley 75 de 1968 suprimió los caracteres de estabilidad y notoriedad en las relaciones sexuales que exigía la Ley 45 de 1936. Exceptio plurium constupratorum. Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.* — Sentencia de 22 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Gil Antonio Co-

Páginas

rrea contra los herederos de Justiniano Correa Basto. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 165

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA. — *Error de derecho a la luz del nuevo C. de P. C. Error en la fecha de la escritura. Proceso de perfeccionamiento de la escritura pública. La fecha del instrumento debe ser la de su autorización por el Notario.* — Sentencia de 28 de septiembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Carlos Soto P. contra Néstor Piedrahita Marín y otros. Magistrado Ponente Dr. Aurelio Camacho Rueda 173

REIVINDICACION. — *Causal 2ª. Proposición jurídica completa.* — Sentencia de 29 de septiembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Aseguradora Grancolombiana S. A. contra Teresa Mesa Gómez y otras. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 184

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — *Entre Jueces de Menores.* — Auto de 11 de octubre de 1972. Dirime el conflicto de competencia surgido entre los jueces civiles de Menores de Bogotá, Manizales y Pereira en el proceso que intentó Inés Zuluaga de Duque contra Germán Duque Vélez. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 191

SOCIEDAD DE HECHO. — *Notificación de providencias. Los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 no son normas sustanciales.* — Sentencia de 18 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el juicio ordinario promovido por Jerónima Pitalúa Salcedo frente a Alvaro Galvis Granados. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 194

SOCIEDAD DE HECHO. — *Los aportes pueden ser de tres clases. Elementos axiológicos. Etapas de la liquidación. No es persona jurídica.* Sentencia de 23 de octubre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Miguel Angel Muñoz Otálvaro contra Jesús María Pavas López. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 208

FILIACION NATURAL. — *Revisión de la sentencia del Juez de Menores. Diferencia entre la acción de revisión y el recurso de revisión.* — Sentencia de 26 de octubre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por Alfredo Escobar G. contra la menor Edilia del Socorro Vélez y otra. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 217

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LOS JUECES. — *Error inexcusable.* — Sentencia de 26 de octubre de 1972. Juicio ordinario promovido por Daniel Durán Blanco contra Bernardo Rodríguez Charry, Alvaro Rovira Arango y Manuel Enrique Daza Alvarez. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 229

ACLARACION DE SENTENCIA. — *Sentencia complementaria. Derecho de retención.* — Providencia de 31 de octubre de 1972. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 237

QUEJA. — *Obligaciones, deberes y cargas procesales.* — Providencia de 8 de noviembre de 1972. Proceso ordinario promovido por Leonor Frasser de Marín contra José Luis Frasser. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 241

CONGELACION DE ARRENDAMIENTOS.— *Competencia. Reiteración del reconocimiento hecho por funcionarios administrativos.* — Sentencia de 22 de noviembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Herbert Geitner contra Clímaco Velásquez Correa. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel ... 244

PROMESA DE VENTA. — *Nulidades: principio de la especificidad. Los artículos 1949, 1850 y 1955 del C. C. no son nor-*

Páginas

mas sustanciales. — Sentencia de 23 de noviembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Enrique Castaño Angel contra Luis Joaquín Leal Castro y otros. Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 251

OBJECIONES A LA PARTICION. — *Subrogación real por permuta.* — Sentencia de 4 de diciembre de 1972. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio de sucesión de José Vicente García García. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 258

FILIACION NATURAL. — *Acción de revisión y recurso extraordinario de revisión. Pruebas del estado civil según el nuevo estatuto.* — Sentencia de 13 de diciembre de 1972. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Arturo Espinosa Acosta frente a John Jairo Atehortúa y otros. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 265

SALA DE CASACION PENAL

VIOLENCIA CARNAL. — *Valor probatorio del testimonio de la ofendida. Diferentes clases de reacciones del sujeto pasivo del delito cuando se encuentra en estado de conmoción psíquica. En la crítica del testimonio deben hacerse apreciaciones tanto de carácter físico como psicológico del testigo, referidas al momento de la captación del hecho y al de la declaración, elementos de juicio en cuya apreciación el juez tiene una gran amplitud. Para que una sentencia sea casable, con base en la apreciación errónea de la prueba, no basta cualquier error, sino uno de tal magnitud que pueda calificarse de manifiesto, esto es, de aberrante, por ser tal la disparidad entre el intelecto y la verdad, que no pueda dejar de notarse aun con los más simples razonamientos. Los criterios para establecer la validez de una prueba, son los que la ley señala en el momento en que ella se produce y no los que fija una norma posterior (inspección ocular). Violencia carnal agravada. (Art. 317 del C. P.). Dosificación de la pena.* — La Corte DESECHA, por sentencia de 5 de julio de 1972, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de noviembre de 1971 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Francisco de Paula Montoya Cadavid, a cuarenta y ocho (48) meses de presidio por el delito de violencia carnal y así mismo lo condena a las accesorias correspondientes y a pagar los perjuicios causados con la infracción. Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto 273

JURADOS DE CONCIENCIA. — *La nulidad consagrada en el numeral 2º del artículo 211 del C. de P. P., sólo tiene operancia cuando un miembro del Jurado que no aparece en la lista correspondiente participa en la diligencia de audiencia pública.* — Por sentencia de 5 de julio de 1972, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio fechada el 20 de octubre último, por la cual al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, absolvió a José Eduardo Londoño Herrera del cargo de doble homicidio culposo y lesiones personales culposas en hechos ocurridos en la carretera que de Villavicencio conduce a Restrepo. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 287

REVISION. — *La Corte reitera anteriores decisiones. El recurso de revisión no constituye una tercera instancia. Las causales propuestas deben resultar demostradas para que el recurso prospere. No basta con suscitar dudas sobre las pruebas que fueron tenidas en cuenta en la instancia, pues no es misión de la Corte hacer una nueva valoración probatoria. Debe entenderse por "hechos nuevos" no solo los nuevos elementos de prueba, sino los nuevos elementos de valoración.* — La Corte, por sentencia de 5 de julio de 1972, NEGA LA REVISION del juicio se-

Páginas

guido contra Próspero Velasco Rincón y Benjamín Velasco Rincón, quienes fueron sentenciados por el Tribunal de Bucaramanga el 11 de septiembre de 1962, a la pena principal de seis años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 290

COPIAS DE PROCESOS. — *Cuando un juez realiza la práctica de pruebas y posteriormente envía copias por competencia a otro funcionario, estas diligencias judiciales tienen pleno valor y no es necesario abrir nuevamente investigación.* Por sentencia de 18 de julio de 1972, la Corte DESECHA la demanda de casación que interpuso el procesado Aquilino Rincón García contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que lo condenó a 22 años de presidio por el delito de homicidio triple. Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto 297

MEDIDAS DE SEGURIDAD. — *El artículo 63 del C. P., dispone que el manicomio criminal es para los alienados que cometan delitos sancionados con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Esta última condición es distinta de la primera y en virtud de ella deben ir a ese lugar los infractores peligrosos, aunque el hecho cometido no se sancione con presidio. Si expresamente se hace esta distinción, debe entenderse que el manicomio criminal no puede recibir a los que padecen grave anomalía psíquica, cualquiera que sea el juicio sobre su peligrosidad. Diferencia entre alienados y pacientes de grave anomalía psíquica. Nada impide imponer la libertad vigilada a quienes padecen grave anomalía psíquica.* Por providencia de agosto 1º de 1972, la Corte CASA la sentencia de 25 de noviembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo por la cual condenó a Guillermo Plazas Rodríguez a internación en manicomio criminal por dos años, y en su lugar dispone esta Corporación confiar al procesado al cuidado de su familia, quedando ésta con la obligación de dar al Juez del conocimiento el informe a que se contrae el artículo 682 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 301

MENORES DE DOCE AÑOS. *Por expreso mandato del Decreto 1818 de 1964, los menores de doce años no son sujetos pasivos de la acción penal.* Por auto de agosto 3 de 1972, la Corte resuelve que los menores de doce (12) años no pueden ser juzgados por los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público por mandato expreso del Decreto 1818 de 1964 y ORDENA la devolución del expediente al Juzgado de Menores de Yarumal. Magistrado Ponente Dr. José María Velasco Guerrero 305

DERECHO DE DEFENSA. — *Como lo ha sostenido la Corte en ocasiones anteriores, en el artículo 26 de la Constitución Nacional "se comprende el derecho del procesado a contradecir la imputación, a explicar su conducta y que el efectivo ejercicio del derecho de defensa es principio básico del juicio y condición de legalidad del mismo".* — La Corte, por sentencia de 9 de agosto de 1972, CASA la de 16 de agosto de 1961 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que condenó a Walter de Jesús Estrada Acevedo, a la pena principal de veinticinco meses de prisión por el delito de violencia carnal y ORDENA devolver el proceso al juzgado de origen para que se reponga lo actuado a partir de la notificación del auto de proceder. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 307

MEDIDAS DE SEGURIDAD. — *La Corte reitera anteriores decisiones. De conformidad al artículo 63 del C. P., el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Por tal razón, esta medida de seguridad no es aplicable a quien comete un hecho delictuoso bajo los efectos de una grave anomalía psíquica.* — Por sentencia de 9 de agosto de 1972, la Corte INVALIDA el fallo recurrido del Tribunal Superior de Bogo-

Páginas

tá que condenó a Luis Francisco Orjuela Orjuela, a reclusión en manicomio criminal por dos años, y en su lugar se impone al procesado la medida de seguridad de reclusión en una Colonia Agrícola especial por el término no menor de un año, hasta cuando cese su presunta peligrosidad. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 311

VEREDICTO CONTRADICTORIO. — CAUSAL TERCERA DE CASACION. — *La contradicción del veredicto ha de recaer sobre aspectos esenciales atinentes al tipo de delito o a la responsabilidad del acusado, de modo que suscite la perplejidad del fallador y que no pueda éste pronunciar sentencia sin escindir caprichosamente el veredicto, para acogerlo en parte y desecharlo en el otro de sus extremos, con lo cual se violaría el artículo 519 del C. de P. P., pues el fallo no podría estar jamás de acuerdo con la totalidad del veredicto, en lo sustantivo y obligante del mismo. De una respuesta monosilábica del Jurado "no puede predicarse el principio de contradicción" en cuanto el cuestionario a que se refiere la contestación haya sido correctamente elaborado. Cuando existe coparticipación criminal, debe decirse en el cuestionario si el procesado tomó parte en la ejecución del hecho y no emplearse el término coautoría.* — La Corte, por sentencia de 9 de agosto de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de septiembre de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por la cual condenó a los procesados Gonzalo Jaramillo Flórez y Herminsul Vergara Diossa a las penas principales de veintiuno y veinte años de presidio respectivamente y a las accesorias de rigor, por los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 317

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. — *La Corte reitera su doctrina en el sentido de que no es procedente aducir en casación la infracción indirecta de la ley en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.* — La Corte, en sentencia de 19 de agosto de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia de 5 de noviembre de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil que condenó a Rito García Coy, a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a la accesoria de diez años de Colonia Agrícola Penal, por los delitos de homicidios múltiples. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 326

NULIDAD SUPRALEGAL. — *La no realización de la diligencia de reconstrucción, no está erigida en causal de nulidad por la ley, ni es vicio sustancial de las formas rectoras del proceso como para darle categoría de nulidad constitucional. La Corte reafirma su jurisprudencia según la cual la incorrecta formulación de la acusación en el auto de proceder, por ejemplo, por ambigüedad en el cargo o por denominación anfibológica de la infracción, puede originar nulidad supralegal, pues la confusión respecto de la acriminación penal lesiona el derecho de defensa y quebranta el artículo 26 de la C. N. Para determinar el tiempo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta el máximo de la pena indicada en la norma que se reputa violada y no el lapso que en concreto pueda infligirse al procesado. No es procedente la causal de casación de violación indirecta de la ley sustantiva en los procesos en que interviene el jurado de conciencia.* La Corte, en sentencia de agosto 25 de 1972 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado José de la Cruz Mora Robayo quien fue condenado a ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 17 de noviembre de 1971 por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 332

Páginas

NULIDAD. — *La falta de notificación por estado del auto de detención y del que deniega una solicitud de libertad, constituyen irregularidades que la ley no ha erigido en causales de nulidad. El artículo 404 del C. P., es un tipo penal subordinado y en consecuencia debe aplicarse en relación al tipo básico que define el delito de robo.* — Por sentencia de 25 de agosto de 1972, la Corte NO CASA la sentencia de 9 de junio de 1971 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá impuso a los procesados León Gallego Flórez e Israel Martínez García, la pena principal de 8 años de presidio como responsables del delito de robo. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 340

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. — *La Corte Suprema, en su jurisprudencia más reiterada enseña que en los juicios en que interviene el Jurado de conciencia, es inadmisible la violación indirecta de la ley penal sustancial, porque el jurado es autónomo en la apreciación de la prueba y el desconocimiento del veredicto por la declaratoria de contraevidencia tan solo compete a las instancias y no al más alto Tribunal de Justicia.* — Por sentencia de la Corte de agosto 3 de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que condenó a Gilberto Melo Angel, además de las penas accesorias de rigor, a 96 meses de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 344

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — *La consonancia entre el auto de proceder y el fallo definitivo, hace relación de acuerdo al artículo 171 del C. de P. P., a que se condene o absuelva "por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio" y no por otra u otras distintas. Lo anterior tiene fundamento lógico en el hecho de que el legislador exige una graduación especial de prueba, en relación a la providencia que se profiera, ya sea auto detentivo, enjuiciatorio o sentencia definitiva. Presupuestos que deben tenerse en cuenta cuando se impugna la sentencia en base a la violación indirecta de la ley sustancial.* — Por sentencia de 31 de agosto de 1972, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto con el apoderado de la parte civil, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que absolvió a Indalecio Barragán Rengifo del delito de estafa de que había sido acusado. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 348

CASACION. SU TECNICA. CAUSAL 1ª. — *Cada causal de casación tiene sus características propias y sus específicas proyecciones, por lo que es lógico que la técnica del recurso exija que a las causales distintas correspondan razones y argumentos impugnatorios diferentes. La actividad jurisdiccional de la Corte en sede de casación, está circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante. Condiciones que se exigen cuando la acusación se propone al amparo de la causal primera.* — Por sentencia de 31 de agosto de 1972, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de agosto 31 del año próximo pasado que condenó a Alfonso Velasco Zúñiga o Edgar Guillermo Bonilla Girón y a Luis Antonio o Luis Arturo Britto Londoño, a la pena principal de 5 años de presidio más las accesorias de rigor legal, como coautores responsables del delito de robo (agravado). Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 355

VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO. — *Esta infracción no constituye un delito, sino una contravención especial, cuya investigacion y juzgamiento se adelanta de acuerdo al Decreto 522 de 1971. Puede considerarse como elemento subjetivo de esta contravención, el ánimo de entorpecer el descubrimiento de los hechos o el de encubrir a los presuntos responsables. Si no existe, o no se ve nitidamente ese propósito, la in-*

Páginas

fracción no se configura. — Por auto de septiembre 7 de 1972, la Corte SE ABSTIENE de abrir investigación contra el General Alvaro Herrera C., Comandante General del Ejército, por considerar que dicho General no incurrió en la violación de la reserva del sumario con arreglo a lo ordenado por los artículos 320 del C. de P. P., y 75 del Decreto 522 de 1971. Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 359

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — *Si el fallador aprecia como prueba un determinado acto en el que se omitieron formalidades sustanciales para su legitimidad por mandato de la ley, incurre en error de hecho, pues la actuación de ese modo realizada es jurídicamente inexistente. Recepción de indagatoria con asistencia de un ciudadano honorable no abogado (Art. 123 del C. de P. P.). La diligencia de inspección judicial, no exige para su validez, la concurrencia de peritos ni testigos actuarios (Art. 223 del C. de P. P.). El delito de falsedad documental puede ser demostrado por cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley y no necesariamente mediante el cotejo de letras o dictamen grafológico.* — La Corte, por sentencia de 7 de septiembre de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto por la procesada Ofelia Cardona Ceballos contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que la condenó a la pena principal de cuatro años de presidio por los delitos de falsedad en documentos y hurto. Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 362

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.— *Elementos que diferencian los tipos penales de hurto, estafa y extorsión.* — La Corte, por sentencia de septiembre 14 de 1972, DIRIME la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado 9º Penal del Circuito de Medellín y el Comando de la Cuarta Brigada del Ejército, con sede en la misma ciudad, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra Miguel Angel Monsalve Largo, Héctor de Jesús Pérez y Marco Aurelio Cano Rodríguez por el supuesto delito de extorsión. Esta Corporación DECLARA que el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado 9º Penal del Circuito de Medellín, a donde se enviará el expediente. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 367

NULIDAD. — *No es pertinente alegar nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción cuando se pretende impugnar la sentencia por considerar que el delito es inexistente. La imprecisión de los cargos formulados en el auto de proceder, puede conculcar el derecho de defensa, mientras que la especificación del delito concretando su forma de ejecución en la parte dispositiva del vocatorio, sólo constituye una irregularidad que en manera alguna socava las bases del juicio ni las garantías fundamentales del procesado o de la sociedad en el plenario.* — La Corte, en sentencia de 18 de septiembre de 1972, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 10 de diciembre último, que condenó a Marino Quijano Terán y a Edgar Díaz Aguiar, a las sanciones principales de 24 y 16 años de presidio y a las accesorias de 3 y 2 años de Colonia Agrícola Penal, respectivamente, por los delitos de homicidio agravado y robo "frustrado". Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 369

CONCURSO DE DELITOS. — *Homicidio y robo agravados. Formulación de los cuestionarios.* — Por sentencia de 21 de septiembre de 1972, la Corte NO CASA el recurso de casación interpuesto por el procesado Alvaro Vanegas Rojas contra la sentencia de 30 de septiembre de 1971 del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó a 28 años de presidio más las accesorias correspondientes, por los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 375

NULIDAD. — *Para que uno de los errores señalados en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pueda tomarse como generador de nulidad, es necesario que él sea de tal en-*

Páginas

tidad, de tal trascendencia, què menoscabe las bases del procedimiento o que pueda ser motivo de injusticia para el procesado. — La Corte, en sentencia de 28 de septiembre de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de marzo del año en curso proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán que condenó a Miguel Antonio Prada y Emilio Viveros Salazar a la pena principal de 24 años de presidio cada uno, por los delitos de doble homicidio y robo agravados. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 380

CASACION. SU TECNICA. — *Violación directa e indirecta de la ley sustancial. Causal primera de casación.* — La Corte, por sentencia de veintinueve de septiembre de 1972, NO INVALIDA la sentencia de 26 de febrero del año en curso del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia que condenó a Jairo Londoño Correa a la pena principal de 28 meses de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos y lo absolvió del delito de estafa. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 386

COLISION DE COMPETENCIAS. — *La competencia señalada por los Decretos 1989 de 1971 y 1315 de 1972 comprende tanto las infracciones dolosas como las culposas, pues en tales estatutos no se hace distinción sobre el particular.* — La Corte, en sentencia de octubre 2 de 1972, DIRIME la colisión de competencias surgida entre el Comando de la Brigada del Ejército, con sede en Medellín y el Juzgado 5º Penal Municipal de la misma ciudad, y da el conocimiento a la jurisdicción Penal Militar del proceso que se sigue contra el particular Efraín Jiménez Patiño, acusado de lesiones personales ocurridas en accidente de tránsito de las que fue víctima el soldado Eduardo Osorio Muñoz. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 391

JUZGAMIENTO A LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL. — *Corresponde a la Justicia Penal Militar el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, cuando el hecho delictuoso ha sido realizado con ocasión del servicio o por causa del mismo.* — Por providencia de octubre 2 de 1972, la Corte INVALIDA la sentencia acusada de 28 de agosto de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, DECLARA LA NULIDAD de lo actuado en el proceso seguido contra Lácides Julio Cantillo, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 392

RECURSOS EXTRAORDINARIOS. — *El recurso de revisión implica, por su naturaleza, un debate de orden probatorio tendiente a quebrantar la firmeza de la cosa juzgada; mientras que el de casación constituye esencialmente un razonamiento de orden jurídico, en el que la controversia se refiere a la legalidad del fallo impugnado. Requisitos para su viabilidad.* — Por auto de 17 de octubre de 1972, la Corte NIEGA la revisión del proceso seguido contra Isidro Lasso Plazas en la ciudad de Neiva cuya sentencia emanada del Tribunal Superior de dicha ciudad de fecha 17 de febrero de 1969 lo condenó a la pena principal de treinta y seis meses de presidio. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 397

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *La falta de notificación de proveídos con significado trascendente en la secuela general del juzgamiento, acarrea nulidad constitucional por violación de las formas propias del juicio.* La Corte, pr sentencia de octubre 19 de 1972, INVALIDA el fallo acusado del Tribunal Superior Militar de 10 de diciembre de 1970 que condenó a Alvaro Bedoya Guzmán a la pena principal de nueve años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 401

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — *Se incurre en la nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 210 del C. de P. P., cuando el pronunciamiento del Tribunal proveniente de una Sala de decisión, no es firmado por todos los magistrados que la componen.* — Por auto

Páginas

de 26 de octubre de 1972, la Corte DECLARA NULO lo actuado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, cuya sentencia de 5 de mayo de este mismo año condenó a quince años de presidio a Samuel Bonilla como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 406

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — *Cuando el Jurado dice: "Si es responsable de las lesiones pero sin ánimo de matar", está haciendo referencia al homicidio preterintencional. En esta infracción penal, desde el ámbito subjetivo se tienen lesiones personales, pero en el campo objetivo (en el resultado) se tiene homicidio.* — La Corte, en sentencia de 26 de octubre de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto por León Fernando Madrid Arango contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 17 de abril último que lo condenó a la pena principal de cuatro años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez . .. 409

COMPETENCIA. — *Solamente es aplicable el artículo 33, ordinal 2º del C. de P. P., cuando el funcionario público ha realizado el hecho delictuoso en ejercicio de las funciones oficiales que le son propias o por razón de ellas; en caso contrario debe estarse a las normas generales sobre competencia.* — La Corte, por auto de 26 de octubre de 1972 DECLARA NULO lo actuado en el proceso seguido contra el señor José Alonso Lugo Oliveros, Juez Promiscuo Municipal de Tibirita y resuelve así la consulta de la providencia del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 413

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *No toda irregularidad procedimental constituye violación al derecho de defensa. Lo dispuesto en el artículo 449 del actual Código de Procedimiento Penal, mira más a la continuidad en la administración pública, que, por tal medio, se garantiza contra toda interrupción, que a los derechos del sindicado. El no practicarse pruebas solicitadas por el defensor por haberse vencido el término de instrucción, no constituye nulidad de ninguna naturaleza.* — En providencia de 7 de noviembre de 1972, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por Armando Campos Olaya contra la sentencia de 8 de marzo del año en curso, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio que lo condenó a diez años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto 415

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ. — *La constituye el hecho de comisionar para que se tomen ciertas decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o retenida, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y modo privativo por el Juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho.* — La Corte, por auto de 7 de noviembre de 1972, DECLARA LA NULIDAD de lo actuado en el proceso seguido contra el ex-Juez Promiscuo Municipal de Barbacoas, señor Guillermo Eraso Enríquez por detención arbitraria, y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 421

CONTRABANDO. — *El derecho penal aduanero consagra en forma independiente la acción de decomiso de los objetos propios de contrabando, de la acción encaminada a sancionar al sujeto activo de la infracción. La acción sobre la mercancía de contrabando es imprescriptible por expreso mandato del legislador. Cuando el C. de P. Penal estatuye como causal de casación el ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea, se está refiriendo, por modo inequívoco, no a las máximas jurídicas de contenido material, sino a las normas positivas de carácter penal sustancial, normas expresas que con frecuencia traducen o recogen universales principios de derecho.* — Por sentencia de 7 de no-

Páginas

viembre de 1972, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la providencia del veintiocho de enero de mil novecientos setenta del Tribunal Superior de Aduanas, en la cual aparecen como sindicados los señores Alberto Enrique Andrade Lleras e Isaac Guerrero Eljach. Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 425

PREVARICATO. — *El delito de prevaricato exige una doble condición: objetiva la primera, que consiste en la providencia misma y subjetiva la segunda, basada en la voluntad de dictarla sabiendo que con ella se desconoce un derecho, o se viola parte del ordenamiento procesal determinado, o se niega una realidad que la ley ha querido establecer en la regulación de los intereses individuales y sociales.* — Por sentencia de 8 de noviembre de 1972, la Corte CONFIRMA la de agosto 4 del presente año, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira que llamó a responder en juicio a Conrado García Cárdenas, por los delitos de prevaricato y peculado. Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 434

INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY. — *De acuerdo a reiterada doctrina de la Corte, no es procedente proponer en casación la infracción indirecta de la ley en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el Jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate. Lo anterior debe aplicarse a las sentencias que se fundan en el veredicto de los Consejos de Guerra Verbales.* — La Corte, en sentencia de 16 de noviembre de 1972, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Elías Martínez Castro y José Ignacio Martínez Castro contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de 7 de diciembre de 1971 que los condenó a la pena principal de seis años y dos meses de presidio, por los delitos de secuestro y tentativa de extorsión. Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 439

VEREDICTO ABSOLUTORIO. — *Cuando el Jurado responde: "Si ocasionó la herida, pero no es responsable de la muerte", es un veredicto francamente absolutorio, pues en su primera parte afirma apenas la causalidad material por la lesión producida, atribuyéndola a la conducta del procesado, pero en la segunda niega la atribución jurídica que consiste en la responsabilidad por la muerte.* — Con fecha 16 de noviembre de 1972, la Corte CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictada el 20 de enero de este mismo año, en la cual condenó a Jorge Elías Salguero Zgaib a la pena principal de cuatro años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar ABSUELVE al procesado de dicha imputación. Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 444

CONCUSION. — *Para la estructuración de esta figura delictiva es indispensable que exista un sujeto pasivo perfectamente determinado. Si esta persona no aparece, ni es identificable, se rompe o deja de existir el necesario vínculo que exige la norma, pues sería inconcebible un abuso en abstracto sin que nadie lo sufra y pueda indicarlo a la justicia.* — Por sentencia de 23 de noviembre de 1972, la Corte REVOCA el auto de 30 de junio del año en curso por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decretó la detención preventiva de Alfredo Paredes Salazar, por el delito de concusión que se le atribuyó en su carácter de Juez 1º Penal de Instrucción Aduanera. Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 448

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA. — *No basta, para gozar del fuero, que el procesado pertenezca al personal uniformado de la Policía Nacional y que en el momento de incurrir en los hechos presuntamente delictuosos, pese sobre él la obligación de prestar un servicio concreto. Es necesario, además, que los hechos ocurran "en relación con el*

Páginas

servicio", por su causa, con ocasión de su cumplimiento, o por razón de las funciones inherentes al cargo desempeñado por el agente, cuyas hipótesis le exigen estar él personalmente en capacidad consciente de cumplir con el servicio o de ejercitar las funciones de su cargo. — La Corte, por sentencia de 24 de noviembre de 1972, CASA la de 3 de febrero del año en curso proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso seguido contra Elio Coronel que lo condenó a ocho años de presidio, y en su lugar ORDENA reponer el procedimiento a partir de la resolución que dispuso convocar el Consejo de Guerra y ordena enviar el expediente a los jueces superiores (reparto). Magistrado Ponente Dr. José María Velasco Guerrero 456

REFORMATIO IN PEJUS. — *La consulta y la apelación del Agente del Ministerio Público son los medios jurídicos de control ilimitado de las resoluciones judiciales, por lo que toca a la competencia decisoria del* ad quem *para garantía del interés público de la acción represora. El superior jerárquico también dispone de una especie de recurso excepcional y oficioso, cual es el de la nulidad, que puede declarar sin requerimiento alguno al llegar los autos a su conocimiento a virtud de la consulta o por cualquier motivo (Art. 212 del C. de P. P.), cuando encuentre que el inferior incurrió en violaciones flagrantes de la ley. Pero el Juez o Tribunal* ad quem *en los casos en que el apelante sea sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso.* — Por providencia de noviembre 27 de 1972, la Corte CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de 3 de junio del presente año que condenó a Salomón Meza y Santiago Muñoz a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio y en su lugar ORDENA reponer el proceso con arreglo al inciso 3º del artículo 583 del C. de P.

Páginas

P. Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 461

PECULADO POR DESTINACION DIFERENTE. — *Cuando aparece demostrada cualquiera de las causales consagradas en el artículo 23 del C. P., el hecho no puede ser subjetivamente impetrado a quien lo realiza, quedando excluida la responsabilidad penal.* — Por auto de 11 de diciembre de 1972, la Corte ORDENA cesar el procedimiento penal que se adelanta contra los señores Pedro Olarte Restrepo y Alvaro Romero por peculado por destinación diferente, y DISPONE archivar el expediente. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 469

OPORTUNIDAD PROCESAL PARA SOLICITAR PRUEBAS. — *El término para pedir pruebas no puede ser ampliado por voluntad del peticionario, por cuanto al no hacer uso de él, precluye la oportunidad de ejercer el derecho y en el caso de acceder el Juez a la petición que extemporáneamente se hace, las diligencias realizadas carecerían de legalidad.* — En providencia de 11 de diciembre de 1972, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el 3 de mayo último por la cual le fue impuesta a Silvestre Camacho Mosquera, la pena principal de diez años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez .. 473

DEBER DE DAR NOTICIA DE LA OCURRENCIA DE CUALQUIER INFRACCION. — *La inobservancia del artículo 12 del C. de P. P., permite estructurar el delito de abuso de autoridad cuando se trata de un funcionario público, y el encubrimiento, cuando la omisión proviene de un particular.* — En auto de 11 de diciembre de 1972, la Corte entra a resolver la denuncia presentada contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Manuel Enrique Daza Alvarez, Rafael Suárez Poveda y Oswaldo Castilla Uribe, por el supuesto delito de prevaricato y se ABSTIENE de abrir investigación por los cargos formulados.

Páginas

Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 476

REFORMATIO IN PEJUS.— *Cuando el sindicado es el único recurrente no puede la Corte modificar la calificación jurídica dada a los hechos en perjuicio de quien promovió el recurso, pues éllo llevaría a una reformatio in pejus, para lo cual no le asiste competencia a esta Corporación.* — La Corte, en providencia de 13 de diciembre de 1972, entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por el ex-Juez Leopoldo Ortiz González contra el auto de 13 de septiembre último, del Tribunal Superior de Ibagué que lo llamó a juicio por detención arbitraria, DECLARA NULO lo actuado y ordena devolver el proceso al juzgador de primera instancia. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 480

DERECHO DE DEFENSA. — *Sólo cuando es absoluta la inasistencia jurídica del procesado, debe entenderse como denegada la garantía del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la C. N. Elaboración de cuestionarios.* — Con fecha 13 de diciembre, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 1º de septiembre de 1971, que condenó al Sargento Segundo del Ejército Alberto Reinoso Torres, a la pena principal de 24 años de presidio por homicidio agravado. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 484

SALA DE CASACION LABORAL

HONORARIOS Y REMUNERACION POR SERVICIOS PERSONALES DE CARACTER PRIVADO. (Corretaje). — Como consecuencia de haberse atribuido competencia a la jurisdicción especial del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, según lo dispuesto por los Decretos 456 y 931 de 1956, esta Sala Laboral de la Corte, en diversos fallos en que le ha correspondido decidir en sede de casación sobre problemas relativos a materias como la de que es objeto de discusión en el presente negocio, ha tenido oportunidad para afirmar, como lo hiciera antes la Sala de Casación Civil, el mismo criterio jurisprudencial de que el corretaje para la compra y venta de fincas raíces es operación mercantil, que se regula por las normas de esa misma naturaleza contenidas en el Código de la materia. La Corte, por sentencia de julio 3 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario Castro Romero contra la Comunidad de Hermanos Maristas de la Enseñanza en Colombia. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B. 487

PRUEBA DE LA PERSONERIA. — Es verdad que el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo se aparta del principio según el cual el demandante debe demostrar la existencia y representación de la persona jurídica de derecho privado demandada, pero tal situación solamente indica que en ese punto la ley procesal laboral es diferente de otras leyes de procedimiento sobre las cuales debe prevalecer en el caso de autos, por ser especial. Los inconvenientes que pueden atribuirse a una norma de ley no son materia de la discusión judicial, sino base de estudio de la rama legislativa. La Corte, por sentencia de julio 12 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Elías Uribe contra el Hospital General de Villavicencio "San Luis de Monfort". Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina 501

CUMPLIMIENTO O EJECUCION DE LAS SENTENCIAS. — Acerca de este particular se anota que, no es viable el ordenamiento solicitado por el memoralista, con fundamento en el artículo 376 del C. de Procedimiento Civil, por cuanto que, en el Derecho Procesal Laboral no está estatuido el cumplimiento provisional de las sentencias de segundo grado, mientras se surte el recurso de casación, como sí lo establece el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil para las allí

Páginas

determinadas. La Corte, por providencia de julio 14 de 1972 ADICIONA la sentencia proferida el 12 de junio de 1972 en el juicio de Gilma R. de Ladino contra Allen Lowrie y Mary de Lowrie. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B. 507

PRUEBA DE LA PERSONERIA. — Con todo, lo fundamental de esta acusación obedece a exégesis del acusador sobre el artículo 36 C. P. T., el cual versa sobre cuestión distinta a lo alegado por él en el juicio y en el recurso, como lo es la prueba de la existencia de la persona jurídica, demandada y la de la calidad de su representante, y no sobre que la de autos no sea la obligada a responder, sino una persona diferente. Lo uno es el presupuesto procesal capacidad para ser parte, que el Hospital demandado no ha desconocido y por el contrario ha afirmado su existencia y comparecido al proceso como persona; lo otro, la condición de sujeto pasivo de la obligación, su defensa de no ser el obligado a responder, por serlo otra persona, que no es el fenómeno contemplado por el artículo 36 C. P. T. La Corte, por sentencia de julio 18 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Jaime Arango Arango contra el Hospital General de Villavicencio, San Luis de Monfort. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón 509

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL. — De acuerdo con el ordinal 15 del literal A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa si el trabajador ha estado incapacitado temporalmente por enfermedad no profesional o lesión cuya curación no haya sido posible en ciento ochenta días, siempre que el despido se haga al vencimiento de dicho lapso y previo aviso no menor de quince días. Reunidos los anteriores requisitos no es aplicable el artículo 16 del mismo decreto, y en consecuencia tampoco lo sería el artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, porque aquella

Páginas

norma se refiere a otros casos en los cuales no se ha producido la terminación del contrato de trabajo con justa causa. La Corte, por sentencia de julio 24 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rito Antonio Goyeneche contra la Flota Mercante Grancolombiana S. A. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. 514

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — La regla general es la de que son empleados públicos todos los que trabajan en Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos y quien pretenda salirse de ella debe probar la excepción, de acuerdo con el principio de derecho probatorio en cuya virtud pesa sobre el excepcionante la carga de la prueba. La Corte, por sentencia de julio 25 de 1972, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Francisco Estepa Peña contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia 524

NORMAS LEGALES Y CONVENCIONALES. — La ley es susceptible de aplicarse a casos similares no previstos en ella, a fin de evitar denegación de justicia. Pero lo pactado en un convenio es de aplicación restringida a los puntos materia del contrato; lo no previsto en éste se rige por normas legales respectivas. La Corte, por sentencia de julio 26 de 1972, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Juan Vicente González Crespo contra Industria Colombiana de Productos Eléctricos (INCOPE). Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia 528

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, (Telecom). — Decreto número 0164 (enero 27 de 1955). Artículo primero. Para todos los efectos legales, los trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, son empleados públicos.

Páginas

La Corte, por sentencia de agosto 2 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Beatriz Peralta Conde contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom). Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia 534

ANALISIS DE LAS PRUEBAS. — Artículo 60 del Código Procesal del Trabajo: "El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo". La Corte, por sentencia de agosto 10 de 1972, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Félix Bovea Ortiz contra la Nación. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. 539

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION. — La Corte observa que, el artículo 1º del Decreto 643 de 1967, reglamentario de la Ley 4ª de 1966, establece un procedimiento específicamente determinado para obtener el reajuste de pensiones contemplado en la citada ley, el cual como es obvio es de obligatorio cumplimiento para los fines aludidos. La Corte, por sentencia de agosto 11 de 1972, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Arquimedes Maury Castro contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B. 545

CAJA NACIONAL DE PREVISION. — Sobre este particular se ha dicho reiteradamente por esta Sala de la Corte que: la Caja Nacional de Previsión Social "...no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las prestaciones a que está obligada, sino que lo efectúa en cada caso por petición del respectivo interesado, quien debe acompañar además las comprobaciones necesarias para demostrar los derechos que tiene a la prestación que solicita. La Corte, por sentencia de agosto 29 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel José Quijano contra la Nación y la Empresa Colombiana de Aeródromos "ECA". Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B. 550

EL PAGO. — El artículo 882 del Código de Comercio, dice: La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea reachazado o no sea descargado de cualquier manera. La Corte, por sentencia de agosto 31 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Esteban Cleves Rojas contra Industria Colombiana de Hormas Ltda. y Esteban Lizcano S., María Helena Galindo de Lizcano e Inés Jiménez vda. de Anzola. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia 559

PRESCRIPCION. — La acción ha de estudiarse primero que la excepción. La Corte, por sentencia de septiembre 5 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Ramos Zapata contra la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón 572

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION. — Los reajustes de pensiones de jubilación no pueden confundirse con la fijación de topes máximos. Los reajustes no pueden referirse a pensiones futuras, pues no puede reajustarse lo que todavía no está determinado, o sea, no está ajustado como caso concreto conforme a las leyes vigentes en determinado momento, por la cual, los reajustes se refieren siempre a pensiones ya reconocidas; en cambio la fijación de topes máximos y mínimos no tiene por qué hacer relación a esas pensiones, sino a las que se van a reconocer. La Corte, por sentencia de septiembre 7 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nello Palombini contra el Banco Francés e Italiano para la América

Páginas

del Sud. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina 578

LIBELO INICIAL. — Esta Sala ha sostenido que el libelo con que se inicia el juicio no puede estimarse como un documento auténtico desde el punto de vista probatorio y en el sentido restrictivo a que se refería la Ley 16 de 1968 en su artículo 23. La Corte, por sentencia de septiembre 11 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Benjamín Ballesteros Bernal contra Industria Colombiana de Llantas Icollantas S. A. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco G. 584

ACLARACION DE SENTENCIA. — La Corte, por auto de 4 de octubre de 1972, aclara la sentencia de septiembre 11 de 1972 en el juicio de Benjamín Ballesteros Bernal contra Industria Colombiana de Llantas Icollantas S. A. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. .. 597

DOCUMENTOS. — En la enumeración de documentos que hace el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, se encuentran las "grabaciones magnetofónicas". No señala dicho estatuto un trámite especial para la recepción de esta prueba. Por esta razón debe sujetarse a las normas generales, así como para su valoración. El artículo 269 de la misma obra, al referirse a los instrumentos sin firmas, a los cuales pueden asimilarse las grabaciones magnetofónicas, dispone que "los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes". La Corte, por sentencia de septiembre 14 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de José Francisco Collantes contra la Urbanizadora David Puyana S. A. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. 599

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia del 21 de septiembre de 1972, DECLARA TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo entre Flota Angulo Ltda. y la Unión Sindical de Choferes del Atlántico. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. 606

HONORARIOS PROFESIONALES. ERROR DE HECHO. — En las condiciones examinadas, constituye error evidente de hecho el apreciar que el vínculo entre la Clínica Samper y el Dr. Valencia Jiménez fue de carácter laboral, frente a manifestación inequívoca de sus celebrantes —que se encuentra corroborada después por la forma real como se le ejecutó— de que el segundo prestaría sus servicios, para Coldesa, como profesional independiente, por sí mismo o por medio de otro médico de reconocida capacidad, lo que destruye todos los elementos que inicialmente podrían hacer presumir un contrato de la naturaleza que se invocó para la litis, pues aquel concierto —y su realización posterior— fue para un desempeño que ni había que cumplir personalmente, ni bajo continuada subordinación ni, en fin, con retribución que constituyera salario. La Corte, por sentencia de septiembre 22 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rodrigo Valencia Jiménez contra Rafael Samper y la Compañía Colombiana de Desarrollo Agrícola S. A. (Coldesa). Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón 612

ERROR DE HECHO. — Según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que modifica el 23 de la 16 de 1968, el error de hecho solamente es 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. No le corresponde a la Corte calificar el acierto o el desacierto de esta regulación del legislador, ni menos separarse de ella, desconociendo su imperio, aun en caso de no

Páginas

compartirla en su concepción o en su finalidad. Rigurosamente ella constituye requisito del recurso, que al ser exigido por la Corporación, como tiene que serlo, no adiciona las condiciones de ley sino que las reclama en su integridad, por estar contenidas en los diversos ordenamientos que reglan el instituto técnico formal de la casación. La Corte, por sentencia de octubre 6 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Alberto Ramírez Quijano contra la Industria Electro-Sonora S. A. Sonolux. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón 619

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Doctor José Eduardo Gnecco C. 623

DETENCION DEL TRABAJADOR. — La detención y el juzgamiento de un trabajador es un riesgo personal proveniente de la conducta social como persona, pero no es riesgo de la empresa. La Corte, por sentencia de octubre 9 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Leonel Arenas Molina contra Cristalería Peldar S. A. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina 624

SUSTITUCION PATRONAL. — La Corte, por sentencia de octubre 10 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eladio Leal Durán contra Electrificadora de Cundinamarca S. A. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar 629

VIATICOS. — En conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 del C. S. T.: "1. Los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación. "2 *Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos*". La Corte, por sentencia de octubre 18 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Fernando Cadavid Restrepo contra Polímeros Colombianos S. A. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B. 639

INDEMNIZACION MORATORIA. — Respecto al examen que nuevamente propone el impugnador en este ataque sobre el certificado del doctor Alfredo Auli y de las posiciones que absolvió el representante legal de la Singer, la Corte no puede volver sobre ellos, como elemento configurante de la mala fe de aquélla por cuanto no tuvo éxito el cargo anterior, que precisamente se dirigía a obtener la infirmación de la sentencia, para que en instancia, se acogiera lo resuelto por el a-quo condenando a la Compañía al valor de las prestaciones asistenciales y del auxilio monetario por enfermedad no profesional. La Corte, por sentencia de octubre 18 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de José J. Lozano R. contra la Sociedad Singer Sewing Machine Company. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar 653

BANCO CAFETERO. — En el mes de diciembre de 1968, se produjo la reforma administrativa y el Banco Cafetero fue clasificado por el Decreto 2420 del citado año, como una Empresa Comercial del Estado, adscrito o vinculado al Ministerio de Agricultura. La Corte, por sentencia de octubre 31 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de William Ramírez Pita contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar .. 663

COMISIONES. — La Corte, por sentencia de noviembre 6 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Fidel A. Calero Campuzano contra Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales" Ltda. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina 671

Páginas

SECUESTRE DE LOS BIENES RELICTOS E INDEMNIZACION MORATORIA. — Si la señora Navarro Alea obraba como administradora de los bienes relictos en su calidad de Secuestre, entonces de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el 32 del C. S. T. también obligaba con sus actos al patrono de Silva Angulo, en este caso los herederos de Mora Moreno. Visto lo anterior no puede concluirse que en este proceso la señora Candelaria Navarro actuó como un tercero pues además de tener la representación de los incapaces era administradora de sus bienes, y por tanto ha de aceptarse que sus actos sí perjudicaban o beneficiaban a los menores por ella representados. La Corte, por sentencia de noviembre 10 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Porfirio Silva Angulo contra la sucesión de Angel María Mora Moreno. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar 681

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — "...el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios. La Corte, por sentencia de noviembre 23 de 1972, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Arturo Ramírez contra la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Caja Nacional de Previsión. Magistrado Ponente Dr. Miguel Angel García B. 688

DOMINICALES Y FESTIVOS. — Admitido que el demandante laboró en días domingos y festivos y que ese trabajo corresponde al lapso fijado en la demanda del 1º de septiembre de 1968 al 30 de noviembre de 1970, el número de unos y otros no puede calcularse tomando calendarios o almanaques correspondientes a esos años y sumando los domingos y festivos que de ellos resultan, pues tales calendarios constituyen medios de prueba ajenos al proceso, dentro del cual no se llevó a efecto ni inspección judicial, ni dictamen pericial destinados a precisar dicho número. La Corte, por sentencia de noviembre 23 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Luis Arturo González Pinilla contra la Clínica Colombia Ltda. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia 696

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de noviembre 23 de 1972, DECLARA NULO y, por tanto inexequible, el Laudo Arbitral pronunciado el 21 de agosto de 1972 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el sindicato de Trabajadores Oficiales de los Municipios del Departamento de Antioquia y el Municipio de Santa Fe de Antioquia. Magistrado Ponente Dr. José Enrique Arboleda Valencia 703

CONFLICTO DE COMPETENCIA. — La Corte, por providencia de 23 de noviembre de 1972, Resuelve: Es competente para conocer del juicio seguido por Rafael Howel del Villar, contra la Corporación Algodonera del Litoral "Coral", el Juez 2º del Circuito Laboral de Santa Marta. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar 706

LITISCONSORCIO NECESARIO. — La litisconsorcio necesario existe cuando por la naturaleza de la relación jurídica-material a que se refiere el proceso, los litigantes están unidos de tal manera que la sentencia los afecta a todos en una misma forma, en razón de la indivisibilidad de la situación jurídica que impide juzgar por separado a cada uno de los litigantes. La Corte, por sentencia de noviembre 29 de 1972, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Carlos Estrada Escobar, contra Martín Castrillón Ruiz. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Córdoba Medina .. 708

ESTABLECIMIENTO BANCARIO. — El artículo 1º de la Ley 45 de 1923 define así el establecimiento bancario: "Las palabras

Páginas

establecimiento bancario significan todo individuo, corporación, sociedad o establecimiento que hace habitualmente el negocio de recibir fondos en depósito general o de hacer anticipos en forma de préstamo, o de efectuar descuentos, o cualesquiera de éstas operaciones. La Corte, por sentencia de diciembre 4 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota en el juicio de Carlos Francisco Díaz Niño contra la Compañía Urbanizadora El Batán S. A. representada e intervenida por la Superintendencia Bancaria. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. 716

AGENTE VENDEDOR. — La estimación del valor de los gastos no corresponde a los jueces, quienes, ya sean de primera o de segunda instancia, no están facultados para estimarlos prudencialmente. La Corte, por sentencia de diciembre 4 de 1972, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Fernando Torres Zapata contra la sociedad denominada Plásticos Rimax Limitada. Magistrado Ponente Dr. Jorge Gaviria Salazar 725

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia del 12 de diciembre de 1972, DECLARA INEXEQUIBLE el ordenamiento sexto del laudo objeto del presente recurso en cuanto estableció un auxilio de trescientos pesos "cuando ocurriere el fallecimiento del padre, la madre, la esposa o hijos del trabajador" del Municipio de la Estrella, y el ordenamiento octavo sobre "Fondo de Vivienda". HOMOLOGA la frase final, sobre permiso de tres días, de aquel artículo sexto, y todos los demás ordenamientos de la sentencia dictada el 13 de julio de 1972 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por Resolución número 00790 de 17 de abril de 1972 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para decidir el conflicto laboral surgido entre el Municipio de la Estrella y su Sindicato de Trabajadores. Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón 733

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. — Respecto a la cláusula cuarta, las partes estipularon que el demandante cumpliría sus obligaciones con libertad técnica y directiva, sin sujeción a horarios ni a reglamentos de trabajo, o sea como contratista independiente. Lo pactado aquí puede considerarse como contradictorio con lo acordado en la primera, pues si en una se estipulan obligaciones que sólo bajo una subordinación pueden cumplirse, como lo interpretó el Tribunal Superior sin que incurriese en manifiesto error de hecho, en la otra se establece una autonomía técnica y directiva para el trabajador. Contradicción que se acentúa cuando se observa que en la primera se obliga al trabajador a asistir diariamente a las oficinas de la empresa a determinada hora y en la cuarta se dice que no estará sujeto a horario alguno. Ante esta discrepancia bien podía el fallador de segunda instancia estimar que la naturaleza del contrato estaba ligada a la primera cláusula y no a la cuarta. La Corte, por sentencia de diciembre 14 de 1972, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Julio César Vergara contra Ingenio Riopaila Ltda. Magistrado Ponente Dr. José Eduardo Gnecco C. 736