

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXVI

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

SALA PLENA

Doctores LUIS FERNANDO PAREDES A., Presidente
EDUARDO FERNANDEZ BOTERO, Vice-presidente
Ricardo Ramirez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, Presidente
Ricardo Ramirez L., Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Flavio Cabrera Dussán
Aníbal Cardoso Gaitán
Gustavo Fajardo Pinzón
Ignacio Gómez Posse
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada V.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores SIMON MONTERO TORRES, Presidente
Francisco López C., Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Humberto Barrera Dominguez
Samuel Barrientos Restrepo
Eduardo Fernández Botero
Simón Montero Torres
Antonio Moreno Mosquera
Efrén Osejo Peña
Julio Roncalle Acosta
Luis Carlos Zambrano.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores ADAN ARRIAGA ANDRADE, Presidente
Vicente Mejía Osorio, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Ramiro Araújo Grau
Adán Arriaga Andrade
Luis Alberto Bravo
Luis Fernando Paredes A.
Carlos Peláez Trujillo
Victor G. Ricardo.

Relater: DIEGO E. CRISTANCHO M.

Relatores Judiciales Auxiliares: Carlos M. Gutiérrez E. y María Elvira Cabra .
Abril - Mayo - Junio de 1966

Nota:

En el transcurso del presente trimestre se verificaron los siguientes cambios en el personal de la Corte:
1º—Los doctores Luis Fernando Paredes y Eduardo Fernández Botero reemplazaron a los doctores Luis Carlos Zambrano y Gustavo Fajardo Pinzón, en los cargos de Presidente y Vicepresidente, respectivamente.
2º—El doctor Francisco López Cruz reemplazó en la Secretaría de la Sala Penal al doctor Pío Quinto León, quien falleció.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES :

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

TOMO CXVI

Bogotá - Colombia

Abril, Mayo y Junio 1966

Nº 2281

SALA PLENA



Extractos en materia constitucional, a cargo de DIEGO E. CRISTANCHO, Relator de la Corte.

PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DE LA RENUNCIA PRESENTADA POR EL DOCTOR LUIS ALBERTO BRAVO DEL CARGO DE MAGISTRADO DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

1º) Que el doctor LUIS ALBERTO BRAVO, Magistrado de la Corte, presentó renuncia de su cargo desde el 24 de mayo de este año;

2º) Que la Corte designó una comisión de su seno para pedirle, encarecidamente, el retiro de tal renuncia;

3º) Que la comisión cumplió su cometido con resultados negativos, dada la insistencia del doctor Bravo en su dimisión;

4º) Que ante tales circunstancias, en el día de hoy la Corte aceptó dicha renuncia;

5º) Que el Magistrado doctor Bravo es un eminente jurista, impulsador del Derecho

Laboral en Colombia, profesor de altas calidades y cuyos fallos tienen destacado valor jurídico no sólo por la profundidad de su doctrina sino por la corrección de su forma; y
6º) Que el doctor Bravo se ha distinguido, además, por su noble concepción de la amistad y del compañerismo,

RESUELVE:

Deplorar el retiro del doctor LUIS ALBERTO BRAVO de esta Corporación donde deja tan hondas huellas de su saber y de sus virtudes.

Comuníquese en nota de estilo al doctor Bravo, y publíquese en la Gaceta Judicial.

Dada en Bogotá, a siete (7) de junio de 1966.

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 3196 DE 3 DE DICIEMBRE DE 1965,
SOBRE INTEGRACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y ASISTENCIA PUBLICA DEL PAIS.**

La Corte reitera la doctrina atinente a la conexidad de las disposiciones del estado de sitio con el restablecimiento del orden.— Transitoriedad de las normas legislativas dictadas en estado de sitio.— Fallo de inexecutable con fundamento en la violación del art. 121 de la Carta.—

1.— No toda situación política económica o social a cuya solución deba acudir el Estado, implica la perturbación del orden a que se refiere el artículo 121 de la Carta. Una permanente evolución determina el apareamiento, sucesivo o simultáneo, de nuevas exigencias de la comunidad que requieren una actividad estatal sin desmayos pero sin que sea preciso rebasar la órbita de las ordinarias regulaciones constitucionales. Mas para que se justifique la expedición de normas de estado de sitio, es indispensable que éstas — como se ha dicho — ataquen situaciones de orden público no susceptibles de ser conjuradas por los medios ordinarios. Lo contrario conduciría a una desnaturalización del Estado de Derecho franqueando el paso, en cada exigencia social importante, a un régimen no autorizado por el artículo 121 de la Ley de Leyes.

2.— La situación que el Decreto 3196 de 1965 enjuicia en su parte motiva y en sus ordenamientos procura modificar o reemplazar, no fue invocada como determinante de la declaración del estado de sitio ni aparece de modo ostensible como factor coadyuvante o sobreviniente que prolongue la perturbación del orden público o que dificulte el restablecimiento de la normalidad. De donde nada indica que esos mismos ordenamientos u otros sobre la materia no puedan ser estudiados con toda amplitud por el Congreso Nacional, dentro del marco de la Constitución.

Siendo evidente la falta de conexidad del estatuto sometido al fallo de la Corte, con la perturbación de la normalidad pública, es por esta razón inexecutable, de conformidad con lo previsto en la Carta fundamental.

3.— La transitoriedad de la norma legislativa

dictada por el Gobierno es característica que de un modo general debe satisfacer el ordenamiento del estado de sitio, porque con base en las facultades extraordinarias correspondientes no han de tomarse disposiciones que por su naturaleza son de carácter permanente. Sin embargo, esta consideración no es óbice para que en ciertos casos de urgencia se den preceptos de estado de sitio que impliquen un cambio de legislación respecto de la que se suspende, en razón de la emergencia misma, por imponerlo así la necesidad de orden político, social o económico que confronta el ejecutivo. Tales normas, muy singulares dentro del régimen jurídico extraordinario, sustituyen la legislación suspendida por otra acorde con la necesidad del restablecimiento del orden. Expedida tal legislación, es posible que por el acierto de sus disposiciones, más ventajosas que las precedentes, sea conveniente reiterarlas por el legislador ordinario, para que prolonguen su efecto benéfico una vez levantado el estado de sitio. A éllo en modo alguno se opone la transitoriedad que deben tener los preceptos legislativos correspondientes. Porque lo prescrito en la Carta es que cesen de regir los mandatos de carácter legislativo cuando el orden público se restablece.

El Congreso, con autonomía, puede realizar ese paso de la norma transitoria a una permanente, a través de su función propia de legislador, que no es incompatible con el estado de sitio, menos ahora cuando por mandato del Acto Legislativo No. 10. de 1960, debe permanecer reunido mientras perdure tal estado.

Debe por tanto pensarse, al juzgar sobre la transitoriedad de los decretos legislativos, y acerca de su constitucionalidad, en que a veces el legislador extraordinario puede verse obligado a expedir normas que, además de ser medio adecuado para el restablecimiento de la normalidad, por su naturaleza sean idóneas para regular estados permanentes de derecho. Ello, por sí sólo, no conllevaría inconstitucionalidad.

Esto no significa que en el examen que le corresponde hacer a la Corte, si halla claro que la norma es apta para situaciones permanentes, pero que no enfrenta una situación transitoria de perturbación del orden público, carezca de apoyo en la insatisfacción de este presupuesto para declarar inexecutable tal disposición.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, mayo dieciocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

El Congreso de la República mediante sendas proposiciones de sus Cámaras, en ejercicio de la facultad que le otorga el

artículo 10. del Acto Legislativo No. 1 de 1960, dispuso pasar a la Corte el Decreto Legislativo No 3196 de 3 de diciembre de 1965 para que decida si es o no constitucional.

Establece ese especialísimo precepto que “La Corte Suprema fallará dentro del término de seis (6) días, y si así no lo hiciera, el decreto quedará suspendido”. No ordena que en esta oportunidad intervenga el Procurador General de la Nación, a diferencia de lo preceptuado en el artículo 214 de la Carta para los casos específicos contemplados en él. Persigue, por el contrario, una doble finalidad: la decisión, sin trámites que puedan suspender automáticamente, sin un fallo de la Corte, la vigencia de una norma que se supone de urgente aplicación; y el control inmediato, a requerimiento del Congreso, sobre los decretos legislativos que puedan extralimitar el ámbito del artículo 121 de la Constitución. Se decidirá, por tanto, de plano la cuestión sub—jude.

El Acto sobre el cual se solicita la decisión de la Corte es del siguiente tenor:

“DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 3196 DE 1965” (Diciembre 3)

“Por el cual se ordena la integración de los Servicios de Salud y Asistencia Pública del país y se dictan otras disposiciones.

“El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, y en especial de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

“a) Que por Decreto número 1288 de 1965 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la República:

“b) Que a pesar de las normas que se relacionan a continuación y de otras de igual contenido y origen, y de los esfuerzos permanentes del Gobierno, no ha sido posible realizar la integración de los servicios asistenciales, preventivos, docentes e investigativos, debido en gran parte a una serie de obstáculos legales y administrativos que permiten la aplicación simultánea de diversos criterios directivos y técnicos, de modo especial en los niveles regional y local, creándose a la vez una grave situación social

que altera el orden público, orden que hay que restablecer y mantener como deber primordial de las autoridades.

“c) Que de conformidad con el estatuto orgánico del Ministerio de Salud Pública (Decretos números 1423 de 1960 y 3224 de 1963), le corresponde a este órgano de la Rama Ejecutiva del Poder Público elaborar planes y programas a escala nacional sobre la materia, para lo cual debe continuar con la cooperación permanente de las entidades públicas o privadas del caso;

“d) Que el citado estatuto (Decreto número 3224 de 1963, artículo 10), dispone que “Cuando en determinado nivel el Servicio de Salud Pública se preste a través de diferentes organismos autónomos, el representante legal del Gobierno correspondiente, deberá celebrar un contrato administrativo con cada uno de estos organismos a fin de integrar los recursos para el desarrollo de los programas de salud. Estos convenios deberán ajustarse a las disposiciones vigentes”.

“e) Que igualmente es atribución legal del Ministerio de Salud Pública “dar aprobación a los estatutos, presupuestos, reglamentos y demás actos de las Beneficencias, así como también a los de las instituciones de utilidad común que legalmente lo requieran” (Art. 5o. Decreto 3224 de 1963);

“f) Que la Ley 12 de 1963 “por la cual se ordena al Gobierno la elaboración del Plan Hospitalario Nacional y se dictan otras disposiciones”, manda:

“Artículo Primero.— Con el fin de atender a las necesidades de salud y fomentar las iniciativas en este campo, la Nación contribuirá económica y técnicamente a la construcción de Hospitales, Centros de Salud, Ancianatos, Orfanatos, Casas de Rehabilitación, Asilos y demás entidades de Asistencia Pública, así como a las ampliaciones, reformas, dotaciones y sostenimiento de los ya existentes.

“Artículo Segundo.— El Gobierno Nacional elaborará, desarrollará y modificará el Plan Hospitalario Nacional, para asegurar una adecuada organización y un criterio unificado en materia de Salud Pública y Asistencia Social.

“Este plan contemplará: a) La programación de los servicios técnicos y

administrativos y la adopción de normas sobre administración y organización; b) La integración de los servicios asistenciales, preventivos, docentes e investigativos; c) La coordinación de las entidades públicas o privadas a través de su clasificación y zonificación.

“Artículo Tercero.— El Gobierno se abstendrá de celebrar contratos para campañas sanitarias o asistenciales con aquellas entidades que no colaboren en la adopción del Plan Hospitalario Nacional.

“Artículo Cuarto.— Para ser incluídas en el proyecto de Presupuesto Nacional las partidas para auxilios o contratos de servicio, los organismos contemplados en el artículo primero de esta Ley, deberán inscribirse previamente en el Ministerio de Salud, conforme a las normas que para el efecto se dictarán, y ajustarse a los planes de distribución y funcionamiento que establezca el Plan Hospitalario Nacional”.

“g) Que en la reunión que tuvieron en Bogotá los días 22 y 23 de Octubre de 1965, los Secretarios y Directores Departamentales, Intendenciales y Comisariales de Salud Pública, llegaron a las siguientes conclusiones:

“1a.— Los recursos presupuestales asignados a la atención de la salud pública son inferiores a la creciente demanda de los servicios.

“2a.— La multiplicidad y variedad de instituciones y agencias oficiales y aún privadas que se ocupan del cuidado de la salud, determina una mala utilización del personal médico, paramédico y auxiliar, debido a que por su incoordinación se realizan acciones paralelas y aún superpuestas.

“3a.— La incoordinación y falta de integración eleva los costos debido a que en inversión y administración de organismos que prestan un mínimo servicio, se dispersa el recurso presupuestal, ya de suyo deficitario.

“4a.— En muchas regiones y oportunidades no se da estricto cumplimiento a los mandatos legales que ordenan que los recursos económicos provenientes de impuestos de loterías, Cinco y Seis y Totogol, se destinen en una determinada proporción a incrementar los recursos presupuestales de los Servicios de Salud.

“5a.— Son frecuentes la proyección y creación de Organismos Asistenciales, para los

cuales no se prevé como es debido, los recursos materiales y humanos para su sostenimiento”.

“h) Que, en consecuencia, se hace necesario remover tales obstáculos y dictar las medidas legales que permitan al Gobierno proteger, a los residentes en Colombia, en su salud y vida mediante la organización y prestación del servicio público pertinente.

“DECRETA:

“Artículo Primero.— Dependiente del Ministerio de Salud Pública funcionará en cada Departamento, Intendencia y Comisaría, en el respectivo Municipio capital, un organismo que se denominará SERVICIO DE SALUD, a cuyo cargo estará el desarrollo de la política de promoción de la salud y asistencia social, en los niveles regional y local. La denominación se adicionará con el nombre de la respectiva sección.

“A la formación e integración de este Servicio de Salud, cooperarán con la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distritos, instituciones de utilidad pública o social, y demás personas vinculadas al Servicio, que el gobierno determine, con los bienes, medios y recursos fiscales de que dispongan al efecto, en el presente o en el futuro.

“Artículo Segundo.— En desarrollo de lo dispuesto en los artículos 16, 19, 30, 32, 36, 39, 182, 184, 167 y 197 de la Constitución, y para los efectos previstos en el artículo anterior, el Gobierno, las entidades y personas mencionadas en él, procederán a celebrar los respectivos convenios o contratos administrativos.

“Artículo Tercero.— Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios y Distritos, en la celebración de los contratos o convenios a que se refieren los artículos anteriores, concurrirán a virtud de la autorización que les hayan conferido o confieren las Asambleas y Concejos, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo XVIII del Decreto Extraordinario número 0550 de 1960, sobre contratos para la descentralización de servicios públicos. Dichas normas se aplicarán a tales actos, en lo pertinente.

“Artículo Cuarto.— Ninguna de las entidades o personas a que se refieren los artículos anteriores, podrá recibir auxilio,

aporte, subvención, etc. del Tesoro de la Nación, o participación de las rentas nacionales, sin la previa celebración y adecuado cumplimiento del respectivo convenio o contrato de que trata el artículo segundo de este Decreto.

— “Artículo Quinto.— El recaudo, percepción, recibo, inversión, administración, etc. de los dineros o fondos a que se refieren las leyes 64 de 1923, 133 de 1936, 93 de 1938, 47 de 1958, 4a de 1963 y los Decretos números 2067 de 1940 y 1140 de 1943, y demás disposiciones legales sobre la misma materia, únicamente podrán realizarse por parte de las respectivas entidades o personas, cuando hayan celebrado el dicho convenio o contrato, y le estén dando estricto cumplimiento.

“Artículo Sexto.— A partir del 1o. de enero de 1967 y anualmente, se apropiarán con destino al Ministerio de Salud Pública y para los Servicios de Salud Seccionales, según distribución que hará el Gobierno, una partida que no será inferior al treinta por ciento (30o/o) del cálculo del producto del Impuesto sobre las Ventas que haga el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin la incorporación de cuyas partidas éste no será aceptado por la comisión de Presupuesto de la Cámara de Representantes.

“Artículo Séptimo.— El Gobierno, Ministerio de Salud Pública, procederá a:

“a) Elaborar y aprobar la minuta o modelo de convenio o contrato de integración del Servicio Seccional de Salud, sin perjuicio de acordar, en cada caso, las modificaciones pertinentes.

“b) Determinar el régimen de tal Servicio Seccional de Salud, sus funciones, sus órganos, su vinculación con el Ministerio de Salud, su denominación, etc.

“c) Constituir una Junta Seccional de Salud cuya composición será la siguiente: un representante del Gobierno Nacional; un representante de la Curia; sendos representantes de la Facultad de Medicina, adscrita a la zona y de la Asociación Colombiana de Hospitales, designados por el Ministerio de Salud Pública, y dos representantes de la Asamblea Departamental o del respectivo Consejo Intendencial o Comisarial, médicos titulados que no sean de su seno.

“Parágrafo.— En los sitios en donde no se pueda constituir la Junta, como aquí se

señala, queda facultado el Gobierno para hacerlo en la forma en que sea posible, igualmente para Cundinamarca, dado el régimen especial de Bogotá como Distrito Especial.

“d) El Jefe de cada Servicio Seccional de Salud será designado por el Ministerio de Salud de terna que le presente la respectiva Junta. En dicha terna se incluirá el nombre del Secretario o Director de Salud Departamental, Intendencial o Comisarial, en ejercicio. El Gobierno podrá rechazar las ternas.

“e) La Contraloría General de la República determinará los sistemas especiales de control fiscal apropiado al caso y a la naturaleza del servicio.

“f) Reorganizar el establecimiento público denominado Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social (CORPAL) de que trata la ley 28 de 1963, con el fin de hacer económicas y eficientes sus actividades, encajándolas en el funcionamiento del Servicio Seccional de Salud.

“g) Adoptar las demás medidas administrativas indispensables para la cumplida ejecución de lo ordenado.

“Parágrafo.— En el contrato o convenio que en cada caso se celebre, se incluirán estipulaciones sobre los puntos b), c), d), e), f) g).

“Artículo Octavo.— La Secretaría o Direcciones Departamentales, Intendenciales o Comisariales del ramo de Salud, mientras subsistan, dependerán jerárquicamente del respectivo Departamento y funcionalmente del respectivo Servicio Seccional de Salud.

“Artículo Noveno.— A partir de la vigencia de este Decreto, no se permitirá iniciar la construcción de nuevos hospitales, clínicas, sanatorios, puestos de salud o edificios similares para asistencia pública, sino mediante licencia escrita y motivada del respectivo Servicio Seccional de Salud, la cual se dará cuando se compruebe la necesidad de la obra, por insuficiencia del Servicio o atención hospitalaria de parte de las entidades en funcionamiento y, además su viabilidad económica.

“El Gobierno al reglamentar este precepto establecerá las normas de prestación de servicio y asistencia hospitalaria a que deben someterse las entidades en funcionamiento.

“Artículo Décimo.— El régimen laboral, inclusive el de los salarios de los trabajadores

al Servicio de la Salud a que se refiere este Decreto, será adoptado por el Gobierno con carácter especial, teniendo en cuenta la naturaleza del Servicio y los recursos fiscales y humanos para atenderlos.

“Artículo Undécimo.— Queda facultado el Gobierno para realizar operaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento de las normas del presente estatuto.

“Artículo Duodécimo.— Este Decreto rige a partir del 1o de enero de mil novecientos sesenta y seis, y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

“La integración de los Servicios Seccionales de Salud se hará en forma progresiva, de acuerdo con las decisiones que tome el Ministerio de Salud Pública, y mientras se verifica, los Servicios seguirán funcionando de conformidad con el régimen provisional que señale dicho Ministerio.

“Comuníquese y publíquese.

“Dado en Bogotá D.E. a Diciembre 3 de 1965”. (Diario Oficial No. 31832, de 22 de Diciembre de 1965).

Frente a tales disposiciones, en los considerandos de la proposición del Senado a que adhirió la Cámara, se enuncian algunas presuntas violaciones de normas supralegales y en su parte resolutive se dispone que dicho decreto pase a la Corte “para que resuelva sobre su constitucionalidad”.

En el Decreto No. 1288 de 1965 se señalan los siguientes hechos como determinantes de la declaración del estado de sitio: atentados contra la libertad, la vida y los bienes de las personas; desórdenes, tumultos y choques con ocasión del conflicto estudiantil de Medellín; la inseguridad social y los problemas económicos que afectan a la Nación, y la aparición de alarmantes formas de delincuencia.

Conforme al artículo 121 de la Constitución no son ilimitadas las facultades de que queda investido el Presidente de la República en tal emergencia. El poder que adquiere tiene por objeto el restablecimiento del orden perturbado por motivos anteriores o sobrevinientes. Las medidas que adopte han de tener, además, las características de transitoriedad en el sentido que adelante se analiza.

La cuestión sub-judice exige, por tanto, que el decreto se estudie en su conexión con el orden público y con el requisito general de la transitoriedad de las normas.

A). CONEXIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL ESTADO DE SITIO CON EL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN,

Punto inicial en el estudio del decreto mencionado es el de la conexión que tengan o no sus disposiciones con la guarda o el restablecimiento del orden público, ya que fue dictado en uso de las facultades que al Presidente de la República confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Sobre el modo como ha de hacerse tal verificación, la Corte, por unanimidad ha sentado, en los siguientes términos, la doctrina que ahora se reitera:

“VIII — La necesidad de que, a un mismo tiempo, se ejerzan por el Presidente y por la Corte, facultades calificadoras acerca de la conexidad de un decreto o de una ley con la guarda del orden público, sin que se produzca para ello una colisión de competencias sobre la materia, objeto de la soberana determinación de cada rama del poder, indica como natural premisa de una norma procedente la consideración de estas hipótesis: 1a. En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que se suspende o se dicta, con la guarda del orden público; 2a. Hay casos asimismo en que la norma nueva o la que se suspende no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público, y 3a. Hay casos dudosos, en los cuales no es manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público. A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado. Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexecutable debe ser proferida. En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad, para evitar que

pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta, que entrega al Presidente de la República la suprema responsabilidad del orden, finalidad que debe prevalecer, apreciada por el Primer Magistrado, frente a la duda del juzgador respecto a la conexidad del acto del Gobierno con la guarda del orden público. Si se presenta la duda sobre tal relación, es natural que ella se resuelva con la declaración de exequibilidad que haga la Corte, después de comprobar o deducir que no es claro y evidente el que la norma acusada no se vincule a la guarda del orden público. Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse, respecto a la constitucionalidad de un decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el Presidente de la República, a la conservación o restablecimiento de la normalidad, y no estando cierta de la inconexión de aquél con el orden público, ha de proferir su decisión, por el aspecto de que se trata, en sentido favorable a la vigencia del acto Ejecutivo.

“En otros términos: Si la norma del decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del Estatuto; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, lo contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible, la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público, debe prevalecer.

“Al fijar la Corte en el presente fallo su criterio respecto al modo de ejercer sus atribuciones en los puntos que aquí se han examinado, cumple la Corporación el deber de guardián de la integridad de la Carta, y como intérprete auténtico de las normas y principios de la Ley Fundamental, según encargo del propio constituyente, sienta una doctrina jurídica de obligatoria aplicación, a falta de disposiciones concretas del Estatuto” (G.J. Tomo LXXXIII, pág. 25).

Aplicando la doctrina expuesta, la Corte considera que en el presente caso aparece, en forma clara y evidente, la falta de conexión del Decreto sometido a su fallo, con el restablecimiento del orden. Y para calificar esa inconexidad del Decreto 3196 con la guarda del orden público, la Sala Plena hace las siguientes consideraciones:

a). Ostensiblemente el Decreto estatuye sobre una materia —la de integración de los servicios de salud y asistencia pública del

país—, que por su solo enunciado demuestra que tal ordenamiento pertenece a la legislación común cuya ejecución se cumple por la Rama Ejecutiva en un ámbito de tranquilidad y sosiego, separado de agitaciones que pongan en peligro la paz pública.

Confirma esta noción sobre tranquilidad pública como ambiente natural de la aplicación del Decreto, la consideración de que sus preceptos obran en este campo: 1o). Creación de un organismo denominado Servicio de Salud y celebración de contratos con varias entidades; 2o). Recaudo e inversión de dineros y fondos destinados al servicio asistencial correspondiente; 3o). Determinación del régimen del Servicio Seccional de Salud y constitución de una Junta Seccional; 4o). Requisito de una licencia del Servicio Seccional de Salud para la construcción de Hospitales. Como se deduce de lo anterior, estos ordenamientos pueden cumplirse dentro de la normalidad; la realización de lo en ellos previsto no supone en forma alguna la alteración del orden.

b). Al expedirse el Decreto, y no obstante que en su parte motiva se expresa que no ha sido posible realizar la integración de los servicios asistenciales, “debido en gran parte a una serie de obstáculos legales y administrativos que permiten la aplicación simultánea de diversos criterios directivos y técnicos, de modo especial en los niveles regional y local, creándose a la vez una grave situación social que altera el orden público, orden que hay que restablecer y mantener como deber primordial de las autoridades”, es lo cierto que la existencia de los diversos criterios directivos y técnicos a que se alude no ha desbordado los cauces de la tranquilidad pública, aunque haya producido dificultades de orden administrativo impeditivas de la integración de los servicios.

c). La no alteración de esa normalidad es factor determinante en el criterio que adopta la Corte al hacer la calificación que le corresponde respecto del Decreto sub-judice y sus implicaciones sobre el orden público o su restablecimiento.

d). No se puede aceptar como constitucional una norma legislativa de este género, por sólo motivos de conveniencia, si de ella no aparece al propio tiempo que tiende a corregir un estado de perturbación de la normalidad pública.

c). Además, no toda situación política, económica o social a cuya solución deba acudir el Estado, implica la perturbación del orden a que se refiere el artículo 121 de la Carta. Una permanente evolución determina el apareamiento, sucesivo o simultáneo, de nuevas exigencias de la comunidad que requieren una actividad estatal sin desmayos pero sin que sea preciso rebasar la órbita de las ordinarias regulaciones constitucionales. Más para que se justifique la expedición de normas de estado de sitio, es indispensable que éstas —como se ha dicho— ataquen situaciones de orden público no susceptibles de ser conjuradas por los medios ordinarios. Lo contrario conduciría a una desnaturalización del Estado de Derecho franqueando el paso, en cada exigencia social importante, a un régimen no autorizado por el artículo 121 de la Ley de Leyes.

f). La situación que el Decreto 3196 enjuicia en su parte motiva y en sus ordenamientos procura modificar o reemplazar, no fue invocada como determinante de la declaración del estado de sitio ni aparece de modo ostensible como factor coadyuvante o sobreviniente que prolongue la perturbación del orden público o que dificulte el restablecimiento de la normalidad. De donde nada indica que esos mismos ordenamientos u otros sobre la materia no puedan ser estudiados con toda amplitud por el Congreso Nacional, dentro del marco de la Constitución.

Siendo evidente la falta de conexidad del estatuto sometido al fallo de la Corte, con la perturbación de la normalidad pública, es por esta razón inexequible, de conformidad con lo previsto en la Carta Fundamental.

B). TRANSITORIEDAD DE LAS NORMAS LEGISLATIVAS DICTADAS EN ESTADO DE SITIO.

La transitoriedad de la norma legislativa dictada por el Gobierno es característica que de un modo general debe satisfacer el ordenamiento del estado de sitio, porque con base en las facultades extraordinarias correspondientes no han de tomarse disposiciones que por su naturaleza son de carácter permanente. Sin embargo, esta consideración no es óbice para que en ciertos casos de urgencia se den preceptos de estado de sitio que impliquen un cambio de

legislación respecto de la que se suspende, en razón de la emergencia misma, por imponerle así la necesidad de orden político, social o económico que confronta el Ejecutivo. Tales normas, muy singulares dentro del régimen jurídico extraordinario, sustituyen la legislación suspendida, por otra acorde con la necesidad del restablecimiento del orden. Expedida tal legislación, es posible que por el acierto de sus disposiciones, más ventajosas que las precedentes, sea conveniente reiterarlas por el legislador ordinario, para que prolonguen su efecto benéfico una vez levantado el estado de sitio. A éllo en modo alguno se opone la transitoriedad que deben tener los preceptos legislativos correspondientes. Porque lo prescrito en la Carta es que cesen de regir los mandatos de carácter legislativo cuando el orden público se restablece.

El Congreso, con autonomía, puede realizar ese paso de la norma transitoria a una permanente, a través de su función propia de legislador, que no es incompatible con el estado de sitio, menos ahora cuando por mandato del Acto Legislativo No. 1o de 1960, debe permanecer reunido mientras perdure tal estado.

Debe por tanto pensarse, al juzgar sobre la transitoriedad de los decretos legislativos, y acerca de su constitucionalidad, en que a veces el legislador extraordinario puede verse obligado a expedir normas que, además de ser medio adecuado para el restablecimiento de la normalidad, por su naturaleza sean idóneas para regular estados permanentes de derecho. Ello, por sí sólo, no conllevaría inconstitucionalidad.

Esto no significa que en el examen que le corresponde hacer a la Corte, si halla claro que la norma es apta para situaciones permanentes, pero que no enfrenta una situación transitoria de perturbación del orden público, carezca de apoyo en la insatisfacción de este presupuesto para declarar inexecutable tal disposición.

Así lo sostuvo la Corte en sentencia de 5 de agosto de 1958. Allí se dijo:

“Cuando por decreto se legisla sobre cosas que por su naturaleza exigen reglas de carácter permanente y no soluciones circunstanciales y transitorias, empieza a descubrirse con bastante claridad la incongruencia de la medida legislativa con el restablecimiento del orden público, desde luego que el ostensible

propósito de la norma no consiste en resolver situación alguna de emergencia sino que tiende a regular íntegra y permanentemente la materia como lo haría el Parlamento en ambiente propio de la normalidad institucional”.

Tal ocurre con el Decreto Legislativo 3196 de 1965, porque además de no aparecer, a juicio de la Corte, que la integración de los servicios de salud y asistencia pública, contemplados en él, exija una legislación de emergencia, resulta manifiesto que ese Decreto es un estatuto de carácter sustancialmente permanente. Su propio texto consagra de modo explícito la permanencia de sus ordenamientos, como se desprende de la simple lectura de sus artículos 2o, 4o, 5o y 6o, entre otros.

Existiendo, como existen, razones suficientes para pronunciar un fallo de inexecutable con fundamento en la violación del artículo 121 de la Carta, es innecesario, en este caso, confrontar las normas del Decreto sub-judice con otras disposiciones de la Ley superior, función que la Corte hubiese cumplido de haber hallado una situación diversa.

Tampoco procede una decisión sobre la constitucionalidad de los mandatos legales que se invocan en la parte considerativa del Decreto Legislativo 3196 de 1965, porque, como es obvio, esas disposiciones están fuera de la órbita del enjuiciamiento a que se refiere la proposición del Congreso Nacional.

En mérito de lo expuesto, y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 1o del Acto Legislativo No. 1 de 1960, la Corte Suprema de Justicia,

DECIDE:

Es inconstitucional y por lo tanto inexecutable el Decreto Legislativo No. 3196 de 3 de diciembre de 1965.

Comuníquese a las Ramas Legislativa y Ejecutiva del Poder Público e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Fernando Paredes, Con salvamento de voto; *Ramiro Araújo Grau*, Con salvamento de voto; *Adán Arriaga Andrade*, *Humberto Barrera Domínguez*, *Samuel Barrientos Restrepo*, *Luis Alberto Bravo*, *Flavio Cabrera Dussán*, *Aníbal Cardoso Gaitán*, *Gustavo*

Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Con salvamento de voto; Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MOCION DE DUELO APROBADA EN
SALA PLENA CON MOTIVO DEL
FALLECIMIENTO DEL CONSEJERO DE
ESTADO Y EX-MAGISTRADO DE LA

CORTE SEÑOR DOCTOR AGUSTIN
GÓMEZ PRADA.

“La Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, registra con hondo pesar la muerte, ocurrida en esta ciudad, del Consejero de Estado y antiguo Magistrado de la Corte Doctor Agustín Gómez Prada, quien por sus esclarecidas virtudes públicas y privadas y eminentes dotes de jurista fue espejo de ciudadanos y ejemplo de Jueces probos y disertos.

“Comuníquese en nota de estilo al H. Consejo de Estado y a la familia del extinto”.
(Sesión del 16 de mayo de 1966).

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL INCISO 1o. DEL ARTICULO 107 DEL DECRETO LEY No. 2158 DE 1948 SOBRE PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS DEL TRABAJO.

La Sala Plena de la Corte decide que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda porque la declaratoria de inexequibilidad tiene que versar necesariamente sobre leyes vigentes, y el decreto impugnado dejó de tener tal carácter.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— 1948 que parcialmente se impugna por inconstitucional. Bogotá, abril veinte de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

El doctor Diógenes Arrieta Arrieta en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, en memorial de 15 de junio último pide que esta Corte decida en Sala Plena “que es inexecutable el inciso 1o. del artículo 107 del Decreto Ley No.2158 de 1948 (junio 24) sobre procedimiento en los juicios del trabajo” en la parte en que esa disposición preceptúa que en el juicio ejecutivo no cabrán excepciones, salvo la de pago verificado con posterioridad al título ejecutivo.

El demandante señala como violado el artículo 16 de la Carta, transcribe literalmente la disposición acusada como inconstitucional y expone las razones por las cuales considera infringido aquel ordenamiento.

Además, acompaña a su demanda el Diario Oficial correspondiente al número 26754 de 26 de junio de 1948 en el que aparece publicado el Decreto 2158 del mismo año dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, ya que con anterioridad, según decretos números 1239 y 1259 de 1948, se había declarado turbado el orden público y en estado de sitio toda la República.

El señor Procurador General de la Nación al emitir concepto, estima que la Corte no puede decidir sobre el fondo de la demanda por no estar vigente el Decreto Legislativo 2158 de

1948 que parcialmente se impugna por inconstitucional.

Según el artículo 121 ya citado, los decretos que el Presidente expida en ejercicio de las atribuciones que ese texto le confiere, dejan de regir en el preciso momento en que el Gobierno declara restablecido el orden público.

En este caso esa declaración se hizo por medio del decreto 4144 de 16 de diciembre de 1948 publicado en el Diario Oficial número 26904 de 28 de los mismos mes y año. Por tal acto quedó, pues, insubsistente el acusado en la demanda, en su primitivo carácter de Decreto Legislativo.

Empero, en la misma fecha en que esto ocurre, el Congreso expide la Ley 90 que consagra en su artículo 27 lo siguiente:

“Invéstese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 15 de febrero de 1949, para adoptar como normas legales permanentes, con base en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, las disposiciones de que tratan los siguientes decretos extraordinarios, teniendo en consideración las modificaciones adoptadas en las sesiones pléniarias de una u otra Cámara al discutir los respectivos proyectos de ley”, señalando entre tales decretos el 2158.

Fue en ejercicio de esas facultades como el Presidente de la República dictó el Decreto 4133, también de 16 de diciembre de 1948 (Diario Oficial 26896 de 17 del mismo mes), por medio del cual en su artículo primero se establece:

“Adóptanse, a fin de que continúen rigiendo como normas legales, las

disposiciones contenidas en los siguientes decretos extraordinarios, dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional:

.....
 "Decreto 2158 de 1948, "sobre procedimiento en los juicios del trabajo".

Y aunque el actor en algunos de los pasos de su demanda alude accidentalmente a esta situación que precisa y discrimina en su concepto el Ministerio Público, es evidente lo que, como corolario de lo anterior expresa el Procurador en estos términos:

“ En consecuencia, el Decreto—Legislativo 2158 de 1948, parcialmente acusado como inconstitucional por el doctor Arrieta Arrieta, no está vigente; sus disposiciones —y entre ellas la ahora demandada— rigen pero no a su título inicial de Decreto—Legislativo y de conformidad con el artículo 121 de la Constitución, sino, como verdaderas leyes por haber sido incorporadas por referencia al Decreto—Ley 4133 de 1948 que es el hoy vigente con verdadera fuerza de ley por cuanto fué expedido en ejercicio de facultades extraordinarias de que se revistió al señor Presidente por el artículo 27 de la Ley 90 de 1948 de acuerdo con el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta Fundamental del país”.

Y Concluye así:

“Habiendo dejado de existir el Decreto—Legislativo 2158 de 1948, cuyo artículo 107 se acusa ahora parcialmente como inexecutable, la H. Corte Suprema de Justicia se halla ante el fenómeno de sustracción de materia, que le impide proveer en el fondo”.

Y como en casos análogos así lo ha decidido la Corporación, ya que la declaratoria de inexecutable tiene que versar necesariamente sobre leyes vigentes, y el decreto que en tal forma se impugna dejó de tener tal carácter, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— DECLARA que en este caso no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardozo Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Victor G. Ricardo.

Ricardo Ramírez L., Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HH. MAGISTRADOS DOCTORES LUIS FERNANDO PAREDES A. Y RAMIRO ARAUJO GRAU AL FALLO QUE ANTECEDE.

La sentencia de la Corte declara inconstitucional y por lo tanto inexecutable el Decreto Legislativo Número 3196 de 3 de diciembre de 1965, "por el cual se ordena la integración de los Servicios de Salud y Asistencia Pública del país y se dictan otras disposiciones".

No compartimos la opinión mayoritaria de la Corte, pues, en nuestro concepto, el Decreto mencionado no extralimita el ámbito de las facultades que corresponden al Presidente de la República en los casos previstos por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

—I—

En pro de la inexecutable sostenida en el fallo, se hacen consideraciones, sin duda, de especial importancia jurídica y doctrinaria, al reafirmarse, una vez más, la tesis sostenida por la Corporación en distintas sentencias, principalmente en la de fecha 28 de junio de 1956, de la cual se reproduce lo pertinente a la fijación del criterio que debe tenerse en cuenta para determinar la conexidad requerida por las disposiciones legislativas del Presidente de la República con la guarda o el restablecimiento del orden público.

Ocurre, sin embargo, que la Corte al enjuiciar el Decreto acusado aplica la doctrina antes citada para llegar a la conclusión de que "en el presente caso, aparece, en forma clara y evidente, la falta de conexión del decreto sometido a su fallo, con el restablecimiento del orden". Para hacer esa calificación se discurre como aparece, consignado en los puntos a), b), c), d), e), y f), del Capítulo intitulado "Conexidad de las disposiciones del Estado de Sitio con el restablecimiento del orden".

Con el respeto que nos merece la opinión mayoritaria de la Corte, de la cual disentimos, debemos expresar que las razones expuestas

para sustentar la decisión, carecen de la solidez y fuerza suficiente que permitan afirmar categóricamente, sin duda alguna, la manifiesta inconexidad entre las normas del Decreto acusado y el restablecimiento del orden público.

En efecto, no constituye razón suficiente para deducir que las normas contenidas en el Decreto Legislativo 3196 no guardan conexidad con el orden público la afirmación que se hace de que "su solo enunciado demuestra que tal ordenamiento pertenece a la legislación común cuya ejecución se cumple por la rama ejecutiva en un ámbito de tranquilidad y sosiego, separado de agitaciones que pongan en peligro la paz pública", porque la circunstancia de que la materia contemplada en un Decreto pueda ser objeto de ordenamiento por la "legislación común" u ordinaria, no impide ni excluye que pueda serlo también de la legislación extraordinaria que se expida por el Presidente de la República una vez turbado el orden público, como medida idónea para procurar su restablecimiento.

La conexidad o inconexidad del Decreto Legislativo con el orden público, resultará de que sus previsiones tengan o no como objetivo y finalidad atacar y destruir las causas políticas, sociales o económicas que hayan originado o mantengan la anormalidad causante de la perturbación de la paz pública.

No puede remitirse a dudas que el Decreto 3196, por su contenido y alcance está dirigido a la regulación de un servicio público fundamental como es el de la salud y la asistencia pública del país. Mediante sus disposiciones se persigue atender este servicio con una adecuada, coordinada e integral organización para que se preste en forma eficiente, general e inmediata, principalmente a los ciudadanos que requieren de esa asistencia por carecer de medios económicos para proporcionársela por sí mismos.

Uno de los motivos invocados por el Gobierno Nacional en el Decreto número 1288 de 1965 que declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, fue el de "la inseguridad social y los problemas económicos que afectan a la Nación". A su vez, en el Decreto 3196 se adujo entre los fundamentos para su expedición, la necesidad de dictar medidas legales que permitan al Gobierno "proteger a los residentes en Colombia, en su salud y vida mediante la organización y prestación del servicio público pertinente". Así las cosas, no puede discutirse siquiera que la protección de la salud y vida de los ciudadanos de Colombia y principalmente de las clases económicamente menos favorecidas, constituye una cuestión fundamental, básica y necesaria a la cual el Gobierno debe atender preferencialmente en todo trance, puesto que el objetivo principal de la seguridad social es la defensa del hombre, sujeto del Derecho y para cuyo beneficio y utilidad debe legislarse. Si la seguridad social en su objetivo más importante como es la protección de la vida y salud del hombre no se ha alcanzado, o si lograda, siquiera sea en sus aspectos básicos, llega a peligrar, no puede negarse que ello constituye motivo perturbador de la tranquilidad social, de la paz pública, como acertadamente se afirma por el Gobierno en los Decretos ya citados. Si lo anterior es evidente, también lo es que resulta manifiesta y clara la congruencia de las normas del Decreto 3196 de 1965 con la guarda y el restablecimiento del orden público.

Expresa el fallo en los puntos b) y c) que la existencia de diversos criterios directivos y técnicos a que se alude en los fundamentos del Decreto, "no ha desbordado los cauces de la tranquilidad pública, aunque haya producido dificultades de orden administrativo impositivas de la integración de los servicios". Y agrega que la no alteración de esa normalidad "es factor determinante en el criterio que adopta la Corte al hacer la calificación que le corresponde" respecto del Decreto sub-judice y sus implicaciones sobre el orden público o su restablecimiento.

Estas consideraciones no son conducentes a determinar la inconexidad de la norma acusada con el restablecimiento del orden público, mas bien, ellas dicen relación o son de utilidad al examen de los motivos que pueda invocar el Gobierno para afirmar que se

ha alterado el orden público, cuestión de competencia privativa del Presidente de la República, quien de acuerdo con la Constitución es el único responsable de su conservación y a quien la misma Carta le confiere las facultades previstas en el art. 121, para declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, mediante decreto que no cae, por su naturaleza, bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, sino cuando no haya sido firmado por el Presidente y todos los Ministros, o carezca del dictamen del Consejo de Estado, sin que sea necesario que éste se haya proferido favorablemente, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte. No está dentro del ámbito de la competencia de la Corte decidir si se ha alterado o no la normalidad o la tranquilidad pública. Arrogarse esa función puede llegar a estorbar la acción del Presidente, supremo guardián del orden público, dirigida al cumplimiento de sus ponderosos deberes y al ejercicio de sus facultades extraordinarias para la restauración de la paz y la seguridad social. A la Corte corresponde mantener la integridad de la Constitución, pero sin invadir el campo de competencia atribuido al Presidente de la República y sin olvidar que por mandato mismo de la Carta se halla obligada a cooperar armónicamente con la Rama Ejecutiva a la conservación o restablecimiento de la normalidad.

Es evidente que "no toda situación política, económica o social a cuya solución deba acudir el Estado, implica la perturbación del orden a que se refiere el art. 121 de la Carta". Es igualmente cierto que "para que se justifique la expedición de normas de estado de sitio, es indispensable que éstas ataquen situaciones de orden público no susceptibles de ser conjuradas por los medios ordinarios". Pero estas verdades jurídicas no significan que el Decreto 3196 no tenga conexidad con el restablecimiento del orden público o que no contenga medidas idóneas para destruir las causas que han originado la conmoción interior y la perturbación de la paz.

Estimamos que, contra lo que se afirma en el punto f) de las consideraciones del fallo, "la situación que el Decreto 3196 enjuicia en su parte motiva y en sus ordenamientos procura modificar o reemplazar", sí fue invocada expresamente como factor determinante de la declaración del estado de sitio contemplada

en el Decreto 1288 de 1965, como antes tuvimos oportunidad de expresarlo. Pero ocurre además, como la propia sentencia lo advierte y acepta, que las medidas legislativas del Gobierno deben dirigirse a combatir las causas de perturbación del orden público, tanto las existentes en el momento en que éste se declara turbado como también las "sobrevinientes" a esa declaración. Y si se estimare que en el Decreto 1288, ya citado, no pueden comprenderse incluidos como motivos de perturbación de la paz pública, los que son objeto de regulación por el Decreto 3196 acusado, es lo cierto y evidente que en éste, de manera expresa se invoca como fundamento para su expedición la urgencia y necesidad de remover los obstáculos y dictar las medidas legales que permitan al Gobierno "proteger a los residentes en Colombia, en su salud y vida", mediante la organización y prestación de los servicios de salud y asistencia pública.

De todo lo anterior, para nosotros resulta manifiesta y clara la relación de conexidad que existe entre las normas contenidas en el Decreto enjuiciado y la guarda del orden público.

Empero, si tal conexidad no se presentase ni advirtiese en forma clara y ostensible, tampoco puede afirmarse, que de manera manifiesta y evidente ese Decreto no tiene relación con dicho objeto, o que lo contraría o quebrante, es decir, que no se vincula a la guarda del orden público. A lo menos, existiría la duda sobre tal relación, en cuyo caso debió aplicarse la jurisprudencia que se invoca en el fallo, decidiendo la Corte en sentido favorable a la constitucionalidad y vigencia del Decreto Legislativo acusado, pues, en este evento, la calificación del Ejecutivo sobre la conexidad del Decreto con la guarda del orden, debe prevalecer.

-II-

El segundo aspecto por el cual la sentencia enjuicia la constitucionalidad del Decreto 3196, está referido a la "transitoriedad de las normas legislativas dictadas en estado de sitio". El fallo, en la primera parte de este Capítulo contiene un juicioso y acertado examen de esta materia. En él se expresa que la transitoriedad de la norma legislativa dictada por el Gobierno es característica que de un modo general debe satisfacer el

ordenamiento en estado de sitio; que es posible que, "en ciertos casos de urgencia se den preceptos de estado de sitio que impliquen un cambio de legislación respecto de la que se suspende, en razón de la emergencia misma, por imponerlo así la necesidad de orden político, social o económico que confronta el Ejecutivo". Que tales normas "muy singulares dentro del régimen jurídico extraordinario, sustituyen la legislación suspendida, por otra acorde con la necesidad del restablecimiento del orden". Agrega que "expedida tal legislación, es posible que por el acierto de sus disposiciones, más ventajosas que las precedentes, sea conveniente reiterarlas por el legislador ordinario, para que se prolongue su efecto benéfico una vez levantado el estado de sitio. A ello en modo alguno se opone la transitoriedad que deben tener los preceptos legislativos correspondientes. Porque lo prescrito en la Carta es que cesen de regir los mandatos de carácter legislativo cuando el orden público se restablece".

Se dice también que "debe por tanto pensarse, al juzgar sobre la transitoriedad de los Decretos Legislativos, y acerca de su constitucionalidad, en que a veces el Legislador extraordinario puede verse obligado a expedir normas que además de ser medio adecuado para el restablecimiento de la normalidad, por su naturaleza sean idóneas para regular estados permanentes de derecho. Ello, por sí solo, no conllevaría inconstitucionalidad".

Sin embargo, luego de considerarse el aspecto de la "transitoriedad" de la norma legislativa a través de tan claros razonamientos jurídicos, resulta que al hacerse aplicación de tales principios al caso que se examina, se incurre en contradicción manifiesta con lo aceptado antes al expresar la sentencia que, siendo el Decreto 3196 de 1965 "un estatuto de carácter sustancialmente permanente" como se desprende de la simple lectura de sus artículos 2o, 4o, 5o y 6o, entre otros, debe concluirse que no se cumple el requisito general de la transitoriedad de las normas que deba proferir el Presidente al ejercitar la facultad legislativa que le confiere el art. 121 de la Carta.

La circunstancia de que las normas contenidas en el Decreto acusado, sean por su naturaleza idóneas para regular estados permanentes de derecho no contradice su

transitoriedad constitucional. Las necesidades de orden político, social y económico que confronta el Ejecutivo y que debe encarar a través de medidas legislativas para atacar las causas que han originado la conmoción interior o que mantienen la anormalidad, permite que esas medidas se pongan en vigencia, a efecto de conseguir el pronto restablecimiento de la paz y para aliviar la tensión de los hechos sociales que gravitan sobre el orden público. Ello no elimina su transitoriedad; constitucionalmente solo se han de extender al período de turbación del orden público, puesto que restablecida la normalidad ellas dejan de regir. No es por tanto la permanencia probable o hipotética de la norma legislativa lo que conduce en este caso a su inexecutable, si se ha dictado con fundamento en las atribuciones del art. 121 de la Constitución, pues, como se deja dicho, por mandato expreso suyo la vigencia se termina al restablecerse el orden público.

De esta manera, solo la falta de vinculación a la necesidad de restablecer la paz pública, que es lo que constituye la justificación de las atribuciones Presidenciales, es lo que puede constituir el fundamento racional, jurídico y legal para la declaratoria de inexecutable del Decreto 3196 de 1965, y se ha visto antes que esa vinculación y esa conexidad existe en forma clara y manifiesta, o al menos, en el peor de los casos, no hay base para afirmar que el Decreto no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público.

-III-

Debemos agregar finalmente, como tuvimos oportunidad de manifestarlo durante la discusión del proyecto de sentencia, que el Ejecutivo invoca en el Decreto 3196 de 1965 como fundamento de su competencia para expedirlo, no solo el art. 121 de la Constitución Nacional sino también "facultades legales" que señala específicamente en sus considerandos. Al efecto se aduce la Ley 12 de 1963 "por la cual se ordena al Gobierno la elaboración del Plan Hospitalario Nacional y se dictan otras disposiciones", que por su artículo 1o. dispone que "con el fin de atender a las necesidades de salud y fomentar las iniciativas en este campo, la Nación contribuirá económica y técnicamente a la construcción

de Hospitales, Centros de Salud, Ancianatos, Orfanatos, Casas de Rehabilitación, Asilos y demás entidades de Asistencia Pública, así como a las ampliaciones, reformas, dotaciones y sostenimiento de los ya existentes", y por su art. 2o. ordena que el Gobierno Nacional "elaborará, desarrollará y modificará el Plan Hospitalario Nacional, para asegurar una adecuada organización y un criterio unificado en materia de salud pública y asistencia social" señalándose en la misma disposición los aspectos del plan y disponiendo que el Gobierno se abstendrá de celebrar contratos para campañas sanitarias o asistenciales con aquellas entidades que no colaboren con la adopción del Plan Hospitalario Nacional. También se invocan los Decretos Nos. 1423 de 1960 y 3224 de 1963 que atribuyen al Ministerio de Salud Pública la competencia para elaborar planes y programas a escala nacional sobre la materia.

En vista de tal hecho fuimos de parecer que la Corte debía de examinar, por este aspecto, la constitucionalidad del Decreto acusado aunque las disposiciones legales que en él se invocan por el Gobierno, estén fuera de la órbita del enjuiciamiento a que se refiere la proposición del Congreso. Hemos creído y seguimos considerándolo así, que examinada la constitucionalidad del Decreto 3196 no solo a la luz del art. 121 de la Carta, sino también de las autorizaciones contenidas en los ordenamientos legales invocados por el Gobierno al expedirlo, tendría que resultar más clara y manifiesta su congruencia con la Ley Fundamental.

El hecho de que la Corte haya estimado indispensable declarar que se abstiene de considerar la constitucionalidad del Decreto 3196 por el aspecto de la competencia del Gobierno para proferirlo en desarrollo de las facultades derivadas de los mandatos legales a que hemos hecho referencia, está indicando que lo advertido por la Corporación sobre el "carácter sustancialmente permanente" de algunas de las normas del Decreto, puede tener su apoyo y fundamento en tales disposiciones legales, y no en el estado de sitio. Además, nada se opone a que dentro del cuerpo de un mismo Decreto se contemple la expedición de normas de diversa naturaleza y jerarquía.

Fecha út--supra.

Luis Fernando Pardees Arboleda.
Ramiro Araújo Grau.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR.

Ya en otras ocasiones me he tomado la libertad de disentir de la teoría de la conexidad, la cual, en el fondo, no es sino un juicio sobre la conveniencia o inconveniencia del decreto legislativo, dictado con fundamento en el art. 121 de la C. Nal.; y como no me ha sido posible cambiar de criterio, apuntaré brevemente algunas razones en cuanto concierne al veto del Congreso respecto del D. No. 3196 de 1965 "por el cual se ordena la integración de los Servicios de Salud y Asistencia Pública del País y se dictan otras disposiciones".

1o.— El Congreso, en forma por demás precisa, indica los artículos del precitado decreto que considera violatorios de algunas normas constitucionales, que también cita, quizá en cumplimiento a lo dispuesto en la ley 96 de 1936; por tanto, demanda de la Corte un concepto o juicio de fondo, respecto de los preceptos sustanciales, pero no de cuestiones formales, como la de conexidad o inconexidad de la norma citada, o sea, del Decreto 3196 vetado, para llegar a la conclusión de la falta de competencia funcional del Ejecutivo para dictar tal norma con base en el art. 121 de la Carta.

2o.— Quien debe conseguir un fin tiene derecho a los medios necesarios para alcanzarlo, según su propio criterio y de acuerdo con las circunstancias ínsitas en los hechos; o en otros términos, sobre la adecuada proporción de los medios con el fin resuelve quien debe alcanzarlo. Ahora, como el numeral 7o. del art. 120 de la Carta dice que "corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa... Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado"; y para esto último, como un medio de *legítima defensa*, lo inviste de facultades extraordinarias el art. 121, debe concluirse que corresponde *privativamente* al Ejecutivo dictar las medidas que considere necesarias, adecuadas, convenientes o *conexas* para el restablecimiento del orden, sin que la Corte con el pretexto de resolver el veto del Congreso o una demanda de inexequibilidad promovida por un ciudadano, se tome la atribución de juzgar sobre la conveniencia o inconveniencia de la norma, porque no otra cosa significa la llamada conexidad o

inconexidad de ella para el restablecimiento del orden público turbado.

3o.— La teoría de la conexidad del decreto para el restablecimiento del orden público, como no existe ni puede existir una norma sustancial para determinarla o definirla, se traduce en la práctica en un concepto subjetivo o personal de la Corte, que de esta manera arrebató al Ejecutivo la facultad de escoger los medios que estime adecuados o conexos para el restablecimiento del orden, y para hacer negatorio a la postre el art. 121 de la Carta, en cuanto limita las atribuciones del Ejecutivo sin más norma que el criterio personal de la mayoría de los miembros que integran aquella entidad.

4o.— Tan incierto es el principio de la conexidad que en la misma sentencia que se cita, se pretende establecer un criterio, también puramente personal, para decidir cuando existe o no aquella discutida modalidad; y así se dice que si aparece evidente, el decreto será exequible; si no aparece tal, será inexequible; y si fuere *dudosa*, se resolverá en favor de la vigencia o constitucionalidad de la disposición en tela de juicio. Más con esta tautología no se hace sino incidir en una petición de principio o en un círculo vicioso, porque siempre será la opinión subjetiva o personal de los falladores la que prevalecerá sin referencia a ninguna norma objetiva.

5o.— El Ministro de Gobierno, en el testimonio dejado ante el Senado, pone de manifiesto la conexidad de las medidas tomadas por el Decreto 3196 de 1965, en los siguientes términos:

"Dentro del criterio adoptado por el Gobierno para la legislación de emergencia, se ha dado fundamental importancia a los aspectos social y económico del orden público. En el caso concreto del decreto 3196, tal como lo expuso el señor Ministro de Salud, cuando fue expedido se encontraba el país al borde de una gravísima situación hospitalaria, de inmediatas repercusiones sociales. Se consideró que las medidas de carácter social que se expedían eran de urgencia fundamental, y de indudable vinculación con la supresión de las causas de turbación del orden público".

Como puede verse, la conexidad resulta

según el criterio de cada cual y de acuerdo con las informaciones de hecho que tenga, seguramente ignoradas o desconocidas por quienes no tienen el deber ni la ocasión de conocerlas.

6o.— Se afirma también que el Ejecutivo, en desarrollo de las facultades que le confiere el art. 121 citado, no puede dictar normas de carácter permanente; sin embargo, debe anotarse que los remedios para restablecer el orden público deben ser de igual naturaleza a las causas que lo provocaron; y si para tal restablecimiento deben removerse causas permanentes, de la misma naturaleza serán los decretos legislativos; y al contrario, bastarán preceptos transitorios para enmendar o corregir causas de igual naturaleza.

Ahora como estas normas dejarán de regir en cuanto se levante el estado de sitio, el Ejecutivo debe someter a la aprobación o modificación del Congreso aquellas que, por razón de las circunstancias, tengan el carácter de permanentes, para que, llenada esta formalidad y restablecido el orden público, pueda levantarse el estado de sitio. Esto es tanto más lógico si se tiene en cuenta que el Congreso, en virtud de la reforma del año de 1960, está reunido mientras subsista el estado de sitio; y su misión, como lo dijo la Corte, no puede limitarse a la facultad de vetar los decretos legislativos del Ejecutivo, sino que también podrá, si las circunstancias así lo exigen, elevarlos a la categoría de leyes permanentes.

7o.— En vía de una simple información y para completar los motivos expuestos, me permito transcribir algunos apartes del salvamento de voto que suscribí con ocasión de la sentencia de 24 de julio de 1961 de la Corte en Sala Plena en relación con la inexecutable de algunos artículos del Decreto 12 de 4 de junio de 1959:

"I— Consecuencias de la declaración de estado de sitio.— Desde que el Presidente, con las formalidades prescritas en el art. 121 de la C. N., declara en estado de sitio toda la República o parte de ella, adquiere la competencia suficiente para dictar decretos legislativos con la doble finalidad de suspender las disposiciones legales incompatibles con el estado de sitio y de legislar sobre las materias necesarias para el restablecimiento del orden público, pues sus facultades no pueden considerarse puramente negativas, como suspender leyes, sino que

debe dictar los ordenamientos necesarios para llenar a cabalidad con los deberes que le competen, previstos en los arts. 16, 120, 121 etc. de la Carta.

“.....
“.....
“II— Interpretación del artículo 214 de la C. N.— La Corte Suprema, en ejercicio de la competencia que le otorga el art. 214 de la C. N. solamente puede decidir sobre los puntos de puro derecho, en cuanto las normas acusadas violen directamente algún precepto constitucional, sin que le sea lícito considerar elementos de hecho, sujetos a la facultad discrecional del Congreso o del Ejecutivo en su caso.

“El control jurisdiccional de las leyes, de los decretos extraordinarios o de los decretos legislativos, según los preceptos de la Constitución, se lleva a efecto por acusación promovida por cualquier ciudadano (art. 214), o bien, en cada caso particular, por preferencia de las normas constitucionales sobre las de la ley que fueren incompatibles con aquella, a juicio del juzgador que conoce del respectivo pleito.

“En el primer caso, la jurisdicción es privativa de la Corte Suprema de Justicia, que en tales casos pronuncia una sentencia erga omnes, con valor absoluto, mediante el procedimiento previsto en la ley 96 de 1936. En el segundo, la declaración solamente tiene valor relativo, porque simplemente se deja de aplicar la ley o decreto calificados de inconstitucionales en el caso concreto y dentro del juicio en el cual se ha invocado la excepción de inexecutable del precepto.

“Cuando la Corte Suprema conoce de un juicio sobre inexecutable de una ley o decreto, para decidir la cuestión, solamente le es lícito considerar los puntos de derecho, no los de hecho por las siguientes razones:

“a) Decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de una norma, contenida en una ley o decreto, corresponde a los poderes discrecionales del Congreso o del Ejecutivo, que no pueden estar sujetos a juzgamiento desde que se trata de poderes que no están ni pueden estar regulados.

“Si una ley dictada por el Congreso, no puede ser declarada inconstitucional por inconveniente, la misma razón existe para que se decida lo propio respecto de un decreto extraordinario o legislativo.

“b) Si cada rama del poder público debe

actuar dentro de su competencia, las cuestiones de hecho sobre conveniencia o inconveniencia o respecto de incompatibilidades, le está confiada a quien tiene la atribución de expedir la correspondiente norma o acto, sin que le sea lícito a la Rama jurisdiccional declarar una inexecutable por razones de inconveniencia, o porque existen otros medios mejores, o porque los medios propuestos o decretados se prestan a posibles abusos, pues si procede en otra forma, si emite juicio o juzga sobre tales elementos, invade ajenas atribuciones y viola los preceptos constitucionales que fijan la competencia de cada rama.

“c) Los anteriores conceptos cobran especial importancia si se tiene en cuenta que la Ley 96 de 1946, en cuanto fija el procedimiento para el ejercicio de la acción pública del artículo 214 de la C. N., no señaló un término para aducir pruebas, necesario e indispensable para establecer o demostrar los hechos conducentes, porque, según la técnica probatoria, el juez no puede dar por ciertos sino los acreditados en forma eficiente en el proceso, sin que el personal conocimiento de ellos pueda servir de fundamento al fallo, conocimiento que cambiaría de un juez a otro, aún dentro de un mismo cuerpo colegiado, según la información personal de que disponga cada uno.

“d) Los artículos 86 y ss. de la Constitución Nacional reglamentan el veto del Gobierno a los proyectos de ley del Congreso, los cuales pueden objetar por inconvenientes o por motivos de inconstitucionalidad; en el primer caso, la colisión de apreciaciones se resuelve en favor del Congreso, según lo previsto en el art. 88; pero si el veto tiene por fundamento la inexecutable, el art. 90 en armonía con el artículo 214 de la Carta, deja la resolución del problema, como punto de derecho, al fallo de la Corte, que no podría entrar a decidir sobre cuestiones de hecho sujetas al poder discrecional de las otras dos ramas del Poder Público; y lo que ocurra en este caso, por las mismas razones, sucede en los demás enumerados en el artículo 214.

“III— *Testimonio de autoridad.* El control jurisdiccional de las leyes por motivos constitucionales, nació de la jurisprudencia o doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, que llegó a la conclusión de que, en caso de

incompatibilidad entre la constitución federal con alguna ley general o particular de algún Estado, debían aplicarse de preferencia los preceptos de aquella, en el caso particular sometido a juicio, porque allá no existe una norma semejante al artículo 214 de la C. N.

“No obstante la diferencia anotada, como se verá a continuación, las doctrinas de la Suprema Corte estadounidense, ratifica los principios expuestos antes.

“Si alguien —dice la nota de presentación del editor— se halla especialmente autorizado para hablar de la Suprema Corte de los Estados Unidos, pieza fundamental en el delicado mecanismo constitucional de la gran democracia del norte, es Charles Evans Hughes, el anciano jurista norteamericano que la presidió desde 1930 a 1941”.

“Con esta somera información paso a copiar algunos apartes de su obra denominada ‘La Suprema Corte de Estados Unidos’, con prólogo del mejicano Antonio Carrillo Flórez y traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero.

“Como remate del aparte titulado ‘Introducción. Fundamentos’, el autor deduce cuatro principios que confirma con la cita de los casos resueltos.

“Primero— Desde el comienzo, la Corte se limitó a su tarea judicial de resolver pleitos reales. Esta era la intención constitucional que establecía expresamente que la Corte conocería de *casos y controversias...*’ (pág. 46)

“Este principio de la jurisprudencia americana tiene aplicación en cuanto se trate de invocar el art. 214 de nuestra C., o sea, la inconstitucionalidad del precepto por vía de excepción en un proceso.

“Segundo— Un segundo principio es el de que la Corte no debe entender de cuestiones que sean consideradas como de naturaleza puramente política y no judicial...’ (pág. 490).

“Tercero— La Corte no debe entrar a decidir cuestiones sobre validez constitucional de la legislación, a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser necesariamente resueltas. La Corte considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad. Como corolario, si la ley es susceptible de dos

interpretaciones, una de las cuales alude al planteamiento de una cuestión constitucional dudosa, en tanto que otra obliga a plantearlo, la Corte se pronunciará por la primera de ellas. . . ' (pág. 51).

"Cuarto— Otro principio establecido es el que la Suprema Corte no se ocupa de revisar cuestiones de política legislativa. Nos encontramos aquí con uno de los supuestos optimistas que hacen practicable nuestro sistema de gobierno. Los Tribunales consideran que, en su esfera, el legislativo se halla en posesión de todos los conocimientos útiles, y es el depositario de la sabiduría. Mientras actúa dentro de los límites del poder legislativo, los hechos del proceso legislativo no son objeto de consideración judicial.

"Cuando la Corte se enfrenta con el problema de si un acto legislativo es arbitrario y rebasa los límites de la razón que se considera implícita en la concepción fundamental del debido proceso jurídico, o de igual protección de las leyes, puede ser difícil trazar la línea divisoria entre lo que se considera como completamente irrazonable y lo que se estime imprudente. Es indudablemente cierto que aquellos hombres que poseen la convicción arraigada de que la legislación es imprudente fácilmente pueden pasar a sostener que la ley es enteramente irrazonable. Pero la distinción existe, sin embargo, y el juez escrupuloso la tiene siempre en cuenta. El juez reconoce que antes de traspasar los límites constitucionales existe un amplio margen de discreción legislativa, lo que le obliga a no permitir que le dominen sus opiniones acerca del ejercicio adecuado de esa discreción. El juez trabaja con un espíritu objetivo. Si se arguyera que es imposible lograr un dominio de sí mismo de tal magnitud y que las apreciaciones políticas y económicas han de influir incluso en el juez más escrupuloso, reflejándose en la sentencia, aunque sea de modo inconsciente, se puede contestar diciendo que los jueces están sosteniendo continuamente la validez de ciertas leyes que, de ser legisladores, condenarían según todas las probabilidades. . . ' (pág. 53).

"Luego Agrega: 'El corolario de este principio es que la Corte no inquiriere los motivos del Congreso o del poder legislativo del Estado. Como dijo el Magistrado Brandeis al exponer la opinión de la Suprema Corte que sostuvo la validez de la ley de prohibición

de bebidas alcohólicas en tiempo de guerra: 'Ningún principio de nuestra Constitución está tan firmemente establecido como el de que, al resolver sobre la validez de una ley, esta Corte no pueda inquirir los motivos tenidos en cuenta por el Congreso para dictarla. . . ' (pág. 53).

"Se podría afirmar con razón sobrada 'que un gobierno investido de tan amplios poderes, de cuyo debido ejercicio dependen de modo vital la felicidad y la prosperidad de la Nación, tiene también que estar investido de medios amplios para su ejecución'. A un gobierno que tiene el derecho de hacer una ley y al que se ha impuesto la tarea de llevarla a cabo debe permitírsele seleccionar los medios para ello de acuerdo con los dictados de la razón: la Constitución no dejaba 'al razonamiento general' el derecho del Congreso a emplear los medios necesarios. Autorizó al Congreso para hacer todas las leyes que fueren necesarias y apropiadas para el ejercicio de los poderes que le están expresamente concedidos. El Magistrado presidente estimaba que la palabra 'necesariamente' no implicaba 'una necesidad física absoluta'. Esta palabra no quería decir, con frecuencia, sino lo 'conveniente, útil o esencial para otro'; y después de muchos ejemplos, el presidente llegaba a formular su principio fundamental: 'Si el fin es legítimo y está en el ámbito de la Constitución, todos los medios que sean apropiados o que se adapten evidentemente a ese fin, que no estén prohibidos, sino que concuerden con la letra y con el espíritu de la Constitución, serán constitucionales. . . ' (págs. 102—103).

"También se sostuvo que la constitucionalidad de lo hecho por el Congreso al tomar posesión y control de las líneas telegráficas y telefónicas, y la Suprema Corte decidió que tanto la cuestión de si el ejercicio del poder conferido al Presidente por el Congreso en la resolución conjunta de 16 de julio de 1918 estaba justificado por las condiciones de aquella época, como la de si había actuado por motivos adecuados, eran cuestiones relativas a los poderes discrecionales del ejecutivo y su conocimiento no correspondía a los Tribunales. . . ' (pág. 108)".

"Según los apartes transcritos, para decidir sobre la constitucionalidad de una norma, a la Corte le está vedado inmiscuirse en la consideración de los móviles o motivos que determinaron al Congreso o al Ejecutivo, en el

caso del art. 121 de la C. N., para dictarla, porque la apreciación de hechos está reservada a quien tiene competencia para expedirla, como ocurre con la conveniencia o inconveniencia, compatibilidad o incompatibilidad y la conexidad o inconexidad de la norma expedida, máxime si se trata de resolver problemas de una situación anormal, cuando parte del territorio nacional está sometido al estado de sitio o ley marcial.

“Pueden expedirse decretos legislativos notoriamente convenientes y conexos para el restablecimiento del orden público y, sin embargo, ser manifiestamente inconstitucionales, como si ahora, para reprimir los atroces y reiterados genocidios, el Gobierno dictara un decreto por medio del cual estableciera la pena de muerte para estos horrendos delitos, que no carecen de objetividad o realidad.

“Y es que la inconstitucionalidad de una norma no surge del juicio o confrontación con los hechos, sino con los preceptos escritos de la Constitución, que el juzgador no puede deformar o modificar mediante el establecimiento de condiciones o supuestos no exigidos o no previstos por el Constituyente.

“Para la cabal y exacta aplicación del art. 61 de la C. N. basta que esté vigente el estado de sitio en la región en donde se aplicará el Decreto acusado, porque, declarado el estado de sitio, ipso jure desaparece la prohibición relativa allí contenida, sin que sea menester invocar incompatibilidad con determinada norma, pues el Gobierno, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 121 de la C., no está obligado a una labor puramente negativa, como la de suspender leyes incompatibles, sino que, por propia iniciativa, puede dictar las medidas que, a su juicio, contribuyan a restablecer el orden público perturbado por el bandolerismo, por ejemplo, investir a los Jueces de Instrucción de la facultad de fallar en primera instancia los

procesos descritos en el art. 1o. del Decreto No. 12”.

8o.— Las anteriores consideraciones se refieren, principalmente, al art. 214 de la Carta, pero son valederas respecto de la facultad que el art. 1o. del A. L. No. 1o. de 1960, en el inciso 2o., confirió al Congreso para vetar los decretos que considere violan la Constitución en las normas sustanciales, mas no respecto de circunstancias de hecho atribuidas privativamente al Ejecutivo, como aquella de la conexidad.

9.— No está por demás observar que los considerandos del decreto acusado hacen alusión a la sentencia de la Corte, aprobada por mayoría, de fecha 24 de julio de 1961, sobre inexecutable de algunos artículos del decreto 12 de 4 de junio de 1959, como el que dice:

“3.— Que por la declaración de estado de sitio no desaparece la legalidad, está obviamente prescrito en la Carta. Porque el Gobierno carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender ‘las que sean incompatibles con el estado de sitio’.

“Esta limitación es de importancia cardinal, puesto que ningún motivo diferente de la incompatibilidad de ciertas y determinadas normas legales con el estado de sitio puede invocarse legítimamente por el Gobierno para suspenderlas. No basta que puedan ser perfeccionadas o reemplazadas por otras mejores a juicio del Gobierno. Es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente, con ciertas y determinadas leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad”.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña



FACULTADES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN EN JUICIOS DE INEXEQUIBILIDAD ANTE LA CORTE

La Sala Plena de la Corporación reitera que es inadmisibles una demanda de inexecutable presentada por el señor Procurador General.— Este funcionario no puede ser promotor del juicio de inexecutable ante la Corte, porque ello trasciende el límite de sus atribuciones constitucionales y legales.— Quebranto del principio consagrado en el art. 20 de la Carta.— Orden racional y lógico del juicio de inconstitucionalidad ventilado en la Corte.— Valor interpretativo de las normas legales y constitucionales que facultan al Procurador para intervenir en tales juicios.— Razones por las cuales este mismo funcionario no puede hacer uso de la acción de inexecutable como simple ciudadano.

1.— Si bien la reforma constitucional de 1945 deslindó las respectivas órbitas de competencia entre el Consejo de Estado y la Corte, al señalar con toda precisión cuáles son los actos sometidos al control jurisdiccional de ésta, dejó intacta la esencia del precepto contenido en el artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910. A esa esencia de la voluntad declarada del constituyente pertenece el criterio fundamental de que esta Corporación decida definitivamente sobre la executable de determinados actos acusados ante ella por cualquier ciudadano, pero no sin antes oír al Procurador General de la Nación. De manera que la misma Carta señaló nitidamente el orden racional y lógico del juicio de inexecutable ante la Corte: primero la acción, luego el concepto del Procurador y, por último, el fallo. Por tanto, aquel alto funcionario no puede escoger a su arbitrio la oportunidad para intervenir en el citado juicio, ni esa oportunidad surge solo de la ley, como parece entenderlo el distinguido recurrente: está inequívocamente señalada en la Constitución, como se ha visto, y no debe producirse sino cuando "cualquier ciudadano", distinto precisamente del que ejerza aquella alta investidura, como es intuitivo, promueva la acción de inexecutable. Tal es el cabal entendimiento de la norma analizada, y una interpretación distinta contraría elementales reglas de hermenéutica.

2.— El valor interpretativo del texto del art. 30 del Código Judicial conserva su importancia, porque si bien es anterior a la enmienda de 1945, ésta dejó incólume la esencia de la norma contenida en el art. 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910. Además es evidente que los preceptos legales expedidos después de la vigencia del art. 53 del Acto Legislativo No. 10 de 1945 (art. 214 de la Carta) "traducen la intervención del Procurador en forma idéntica a

la contenida en el art. 30 del Estatuto del Procedimiento Civil".

La función general de "promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas" que, conforme al mandato del art. 143 de la Carta, compete al Ministerio Público, en manera alguna se contrapone a la especialísima que al Procurador, como cabeza de aquél, le asigna el art. 214. Por el contrario, se armonizan.

3.— El Procurador General de la Nación no puede ser promotor del juicio de inexecutable ante la Corte, porque ello trasciende el límite de sus atribuciones constitucionales y legales, quebrantando el principio fundamental consagrado en el art. 20 de la Carta: el funcionario público no tiene competencia para ejercer funciones distintas de las que le confieren la Constitución y la ley.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

En escrito del 7 de noviembre de mil novecientos sesenta y dos el señor Procurador General de la Nación pidió a la Corte, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, que declare inexecutable los artículos 50. (literal b), 70. (Inciso 1o. y párrafos primero y segundo), 80, 90, 100, 110, 120, 130, y 140 de la Ley, 48 de 1.962, "por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la ley 172 de 1.959 y se dictan otras disposiciones".

Mediante auto fechado el 23 del mismo mes, el señor Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez, previo amplio y detenido estudio, declaró inadmisibile la demanda, resolviendo, como consecuencia lógica, que no era el caso de someterla al trámite correspondiente. Contra tal auto y conforme al artículo 511 del Código de Procedimiento Civil, el señor Procurador ha interpuesto el recurso de súplica, agregando: "Interpongo este recurso de súplica en mi carácter de Procurador General y, subsidiariamente, como ciudadano colombiano, a efecto de que esa H. Sala revoque el auto de 23 de noviembre y, en su lugar, se admita la demanda y se ordene el trámite legal".

I

TESIS DE LA DEMANDA SOBRE LA ACCION DE INEXEQUIBILIDAD

En los siguientes pasos del auto recurrido se sintetizan con acierto las razones que en el último capítulo de la demanda se invocan para sostener que el Procurador General puede ser titular de la acción de inexecuibilidad, ya sea en su carácter de funcionario público o bien como simple ciudadano:

"Estima el Procurador que como el constituyente le otorga la acción a 'cualquier ciudadano', de ella goza todo funcionario público que tenga esa calidad, que no pierde por el desempeño de un cargo oficial, de manera que los derechos establecidos por la Constitución en favor de los ciudadanos, como sus respectivas acciones, sólo dejan de operar cuando se pierde la calidad de ciudadano en ejercicio.

"Considera inaceptable que todo ciudadano pueda ejercer la acción pero no el Procurador General, que como representante de la sociedad está obligado a 'defender los intereses de la Nación', como se lo ordena el art. 143 de la Carta, por lo cual, si una ley, como la acusada, viola los intereses nacionales, es su deber promover la correspondiente demanda de inexecuibilidad. Agrega que, de acuerdo con la citada norma le corresponde 'promover la ejecución de las leyes', función que no puede cumplir respecto de las que estime

inconstitucionales, ya que si existe pugna entre una ley y normas del Estatuto Fundamental, aquélla no puede recibir aplicación. En tal caso, el camino indicado es el de que el Procurador instaure la acción de inexecuibilidad.

El hecho de que deba emitir concepto cuando la acción la ejerciten terceros, no le resta eficacia a la tesis que sustenta, pues el concepto queda contenido en la demanda.

"Dice, por último, el Procurador: la urgencia de que la Corte decida sobre la inexecuibilidad de la ley 48 de 1.962, vigente desde el 18 de octubre pasado, lo ha movido a formular la demanda, a fin de que las disposiciones de dicho estatuto no produzcan ningún efecto. Lo anterior sin perjuicio de que los funcionarios que tengan el encargo de cumplir la ley hagan uso del art. 215 de la Carta, negándose a aplicar preceptos legales notoriamente inconstitucionales.

"En el caso de que la Corte estime que el Procurador carece de facultad para ejercitar la acción, debe tener por presentada la demanda en su condición de simple ciudadano. Si esta fuera su decisión, manifiesta que no intervendrá ante la Corporación como Procurador General, debiendo ser reemplazado por quien corresponda para que emita concepto sobre la demanda".

II

EL AUTO RECURRIDO

Su parte considerativa empieza por recordar los siguientes principios:

Todo proceso que traduzca la presencia de una litis debe llenar determinados requisitos, sin los cuales el juzgador se halla impedido para un pronunciamiento de mérito. Uno de ellos es la capacidad para ser parte. Tal presupuesto del juicio influye, por tanto, en el asunto que aquí se controvierte.

Para que se produzca una decisión, favorable o adversa, a las pretensiones de las partes, es necesario el concurso de los presupuestos de la acción, que la jurisprudencia, acorde con la doctrina, reduce a dos: el interés para obrar y la legitimación en causa.

El Juzgador debe pronunciarse previamente

sobre los presupuestos del juicio ya que estos atañen a la debida constitución de la relación procesal. "Su falta impide el juzgamiento en legal forma: de ahí que el Juez deba investigar, aun de manera oficiosa, antes de la admisión de la demanda, si están presentes los del juicio, con facultad para rechazarla si observa la ausencia de cualquiera de ellos".

"En cuanto a los presupuestos de la acción debe decirse que, en asuntos de derecho privado y en el campo del proceso jurisdiccional contencioso, hay ocasiones en que el Juez, para admitir la demanda, debe examinar si con ella acompaña el actor la prueba que acredita tanto el derecho que invoca como su legitimación para obrar. Así ocurre, por ejemplo, en las actividades de ejecución y en los procedimientos especiales de tipo documental".

"Se aplican al juicio de inexecutable los principios que gobiernan el de índole civil respecto de los presupuestos de éste y los de la acción. En ambos casos se trata de elementos estructurales de uno y de otra, con independencia de las cuestiones jurídicas debatidas y de la naturaleza de la ley material que la regule. La acción como derecho subjetivo y autónomo, es una sola, cualquiera que sea su resultado. La jurisdicción, medio de actualizarla, aunque admite divisiones (ordinaria, extraordinaria, especial) conserva también su unidad como institución. Lo propio cabe decir del proceso, exteriorización de la acción ante la jurisdicción: pueden ser diversos los procedimientos, pero aquél mantiene su unidad como categoría jurídica".

Advierte en seguida el auto suplicado que de los presupuestos de la acción se tomará en cuenta, en el caso sub-judice, el relativo a la legitimación en causa.

Expuestos tales principios y con fundamento en el postulado de que, conforme a la doctrina de nuestro derecho público, el funcionario oficial no puede ejercer facultades distintas de aquellas que la Constitución y las leyes le señala, la providencia recurrida anula circunstanciadamente las atribuciones que la Carta y la Ley fijan al Procurador General: examina luego los argumentos que sustentan la tesis de la demanda al respecto y alcanza, al final del proceso dialéctico, las siguientes conclusiones:

"1a. El Procurador General de la Nación, en su calidad de funcionario público, no puede ser sujeto activo ni pasivo de una litis

en ningún proceso. Su intervención en éste, en uno u otro sentido, se concreta a la simple representación del Estado, asumiendo la posición de parte en sentido formal. En consecuencia, no tiene capacidad para ser parte en sentido material. La aptitud para serlo es uno de los presupuestos del juicio, luego su ausencia es motivo suficiente para el rechazo de la demanda.

"2a.— Dicho funcionario, como ciudadano particular puede ser parte en un proceso, pero en asuntos distintos de los que delimitan sus atribuciones constitucionales y legales.

"3a.— El Procurador no está legitimado para obrar en el proceso constitucional ante la Corte como titular de la pretensión que constituye su objeto (declaración de inexecutable de los actos acusables ante la Sala Plena de la Corporación). El derecho de provocar una declaración de tal naturaleza se lo concede la Constitución (art. 214) a 'cualquier ciudadano'. De los derechos ciudadanos no está privado el Procurador, pero por razón de las funciones de su cargo no le asiste la acción consagrada en el citado precepto, porque resulta incompatible con la que el mandato le impone. Se trata de un presupuesto inherente a la pretensión cuya falta conduce a la inadmisión de la demanda. Nada haría la Corte con adelantar su trámite si en la sentencia se ve obligada a rechazar la acción por razones idénticas a las que ha dejado consignadas".

FUNDAMENTO DEL RECURSO

En el último capítulo de su escrito el distinguido recurrente sintetiza con afortunada precisión las razones en que el recurso se funda. Importa, por tanto, reproducirlo:

"El Procurador General de la Nación puede legítimamente ejercitar la acción de inconstitucionalidad de una ley ante la Corte.

"1o.)— El Procurador debe promover el cumplimiento de la Constitución Nacional. En efecto, según los artículos 142 y 143 de la Carta, corresponde al Procurador 'promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas'. Es forzoso entender la palabra 'leyes', en su más amplia acepción, como todo ordenamiento jurídico dictado por organismo competente con miras al bien común, sentido en el cual la toman reiteradamente el Constituyente y el

Legislador. Así entendido, el vocablo abarca toda disposición del Constituyente, del Legislador, de las Asambleas y Concejos, es decir, toda ley en sentido material. La expresión empleada por el artículo 143 comprende la totalidad de los elementos del orden institucional del país: leyes, sentencias y normas administrativas. El Procurador debe tutelar ese orden jurídico. La única vía apropiada para promover el cumplimiento de las normas Constitucionales, cuando han sido violadas por una ley, es entablar la respectiva demanda de inconstitucionalidad. Además, la Constitución es ley, como aceptan todos los tratadistas, es ley suprema o ley de leyes; es ley reformativa de la legislación anterior. Es, pues, legítima la personería del Procurador para intentar esta clase de acciones.

"2o.).— El Procurador no puede promover el cumplimiento de leyes claramente inconstitucionales. A ello se oponen un elemental deber de conciencia y el mandato explícito del artículo 215 al decir que 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales'. El auto recurrido afirma que el Procurador no puede abstenerse de promover la ejecución de una ley en ningún caso. Debe limitarse —dice— a 'estimular su observancia'. No es ello así. Si una ley decreta la pena de muerte o la esclavitud, el Procurador no debe promover su cumplimiento. Debe abstenerse fundado en el texto del artículo 215. Su deber es acusar la ley inconstitucional; ello responde a la tutela del orden institucional que le ha sido asignada. Además, la Corte no puede pronunciarse sino cuando las leyes son acusadas, de modo que resulta una eficaz colaboración para la Corte Suprema la actividad del Procurador cuando obra como demandante, para que aquélla pueda hacer efectiva la guarda de la Constitución que le está encomendada. Ello implica un concepto dinámico de lo que es el Ministerio Público. Lo más jurídico y conveniente es abrir ampliamente el debate sobre exequibilidad de las leyes ante la Corte Suprema. Si el Procurador, finalmente, 'promueve' el cumplimiento de una ley inconstitucional desvía su recta función y ayuda a subvertir el orden institucional que él precisamente tutela.

"3o.).— Si el Procurador debe promover el cumplimiento de las normas constitucionales y si no puede promover el de las leyes

inexequibles, es claro que tiene la facultad de acusar ante la Corte las leyes contrarias a la Carta. La obligación de promover el cumplimiento de la Constitución se traduce en la necesidad de entablar la acción de inexecutableidad. Más que una facultad, es una obligación ineludible del Procurador. Si se aceptara la tesis del auto recurrido, en el sentido de que el Procurador no puede demandar porque la ley no le asigna esa función habría que concluir, por igual motivo, que ningún funcionario público puede hacerlo. La 'situación especial' en que está el Procurador le obliga, más que a ningún otro funcionario, a acusar las leyes inconstitucionales.

"4o.).— La facultad del Procurador de acusar una ley como inconstitucional no es incompatible con el cumplimiento de lo ordenado por el artículo 214 como afirma el magistrado ponente. Por varias razones:

"a).— El artículo 214 no dice que el Procurador emitirá concepto sino que intervendrá en las acciones de inexecutableidad. Es la ley la que, al reglamentar la norma de la Carta, dice que en las acciones promovidas por un tercero la Corte decidirá 'previa audiencia' del Procurador. Esta reglamentación legal no recorta la atribución constitucional de intervenir. La deja intacta. Además, intervenir es tomar parte en un asunto —dice la Real Academia—, de modo que se cumple el mandato del artículo 214 interviniendo como actor. Más aún: si nadie acusa la ley, la única manera de intervenir el Procurador es demandando. De todos modos, actuar como demandante es obviamente intervenir.

"b).— Según la doctrina teleológica del derecho, las disposiciones deben ser interpretadas por su finalidad. La clara voluntad del Constituyente es que la Corte no decida sin oír previamente la opinión de quien es cabeza del Ministerio Público y, como tal, representante de la sociedad. Se trata de que el Procurador conceptúe forzosamente antes del fallo. Que lo haga en la demanda o posteriormente, al correrle el traslado, nada cambia. Lo único fundamental es que, al entrar a resolver, la Corte conozca la opinión del Ministerio Público. En la demanda del Procurador queda implícito su concepto: la voluntad del Constituyente y la finalidad de la norma se cumplen a cabalidad.

"c).— Tampoco es incompatible para el

Procurador presentar la demanda —con los solos requisitos legales— y más tarde, al descorrer el traslado, ampliar sus puntos de vista. El concepto contenido en el libelo no paraliza la posterior actuación del representante de la sociedad. El funcionario del Ministerio Público —a diferencia de un juez— no prejuzga. Puede emitir concepto y reiterarlo. Además, hay incluso la posibilidad de que corrido el traslado, persona distinta de quien demandó como Procurador deba emitir concepto: dónde quedaría, en esa hipótesis, la incompatibilidad de que habla el magistrado ponente? Esto demuestra que el impedimento puede tramitarse posteriormente.

“d).— Si se aceptara —sólo en gracia de discusión— que la presentación de la demanda y el ulterior concepto son incompatibles, la inhabilidad para el Procurador surgiría en relación con el acto posterior de conceptuar, nó con el inicial de demandar. Si se acepta esa supuesta incompatibilidad, el fenómeno jurídico que se produce es el del impedimento, o la recusación, para que otra persona ejerza en ese asunto la función y emita concepto como procurador ad-hoc; pero ello no es motivo para rechazar la demanda. Lo legal es admitir la demanda y tramitar luego el respectivo impedimento.

II

“Subsidiariamente —para el improbable caso de que la Corte no acoja las anteriores razones— he interpuesto el mismo recurso como ciudadano colombiano, fundado en estas consideraciones:

“1o.).— Todo ciudadano —aunque ocupe un cargo público— puede ejercitar la acción pública de que trata el artículo 214 de la Carta. Tal acción es pública, eminentemente popular. Puede ser ejercida, según dice el propio Constituyente, por ‘cualquier ciudadano’. Es un derecho que ejerce cualquier ciudadano pero que sólo puede ejercer un ciudadano. No puede ejercer este derecho quien no sea ciudadano (un menor, un extranjero o quien haya perdido la ciudadanía). Se trata, en consecuencia, de un derecho político —como lo admite el auto recurrido— semejante al de elegir o ser elegido. No se trata de un derecho público, como los correspondientes a las garantías individuales, ni de un derecho civil, de todos

los cuales gozan por regla general los extranjeros. Es un derecho político. La pérdida de los derechos políticos —anexos a la ciudadanía— sólo se consume por sentencia. Su limitación o restricción debe aparecer expresamente consignada en la propia Constitución. Ni siquiera la ley puede restringir esos derechos que el Constituyente ha reconocido; y cuyas limitaciones el propio constituyente establece (v. gr. prohibición de votar a los militares en servicio; prohibición de intervenir en política a los jueces). Aceptando que la ciudadanía puede tener restricciones, éstas deben surgir de los textos constitucionales, de manera expresa. Jamás pueden resultar de creación jurisprudencial; no pueden extenderse, por analogía, como pretende al auto recurrido. Es, pues, inválida la tesis de que el ciudadano que ejerce el cargo de Procurador no puede promover aquella acción pública. La Constitución no señala esa limitación: quien ocupa el puesto de Procurador puede demandar, como ciudadano, lo mismo que todo otro ciudadano en ejercicio. En suma: soy ciudadano, poseo cédula vigente y no hay razón, constitucional ni legal, para que la Corte limite uno de mis esenciales derechos políticos, sin que la Constitución ni la ley los hayan restringido. No puedo, evidentemente, intervenir en política; una norma constitucional expresa lo prohíbe. Ninguna norma de la Carta me prohíbe promover esta acción pública; luego puedo legítimamente hacerlo como ciudadano.

“2o.).— Dice el auto recurrido que no puede actuar como ciudadano, para acusar una ley de inconstitucionalidad, quien ocupa el cargo de Procurador General, pues la función consiste en intervenir en el juicio de inexequibilidad y “obrando así se inhabilita para ejercerla”. Si actúo como ciudadano —agrega— me incapacito como funcionario. De acuerdo. Ello es claro y así lo expresé en mi demanda. De este modo, una vez admitido mi libelo, me declararé impedido y será necesario designar un Procurador ad-hoc, como otras veces se ha hecho. Pero significa sólomente que va a producirse, más tarde, un impedimento; jamás que la demanda sea inadmisibile. De esa incapacidad o impedimento no se sigue en sana lógica jurídica, que se deba rechazar la demanda sino que, posteriormente, habrá de tramitarse el incidente de impedimento, previsto para estos

casos por la ley 96 de 1936. En consecuencia, no hay razón jurídica alguna para que la Corte Suprema no admita la demanda instaurada por mí como ciudadano colombiano”.

Se considera:

1o.).— Cabe observar, en primer término, que los argumentos aducidos para sustentar el recurso, si bien se exponen ahora con mayor amplitud, constituyen en el fondo una reiteración de los que ya el señor Procurador se había adelantado a plantear en el último capítulo de su demanda, los cuales, a su vez, fueron objeto de detenido estudio en el auto recurrido. Bastaría la simple lectura de los resúmenes transcritos para comprobarlo.

2o.).— Se afirmó en la providencia materia del recurso, que los artículos 143 y 145 de la Constitución relacionan, respectivamente, las funciones del Ministerio Público y las especiales del Procurador. Y se recordó, asimismo, que el artículo 214 de la Carta le asigna la que se desprende del siguiente texto: “En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación”. (Inciso 2o.).

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que consagró en nuestro derecho público el control jurisdiccional de la ley, estaba concebido en los términos que a continuación se transcriben:

“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

“Decidir definitivamente sobre la executableidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

Esta norma, como ya lo han observado con acierto algunos expositores nacionales de derecho público, tiene notable antecedente en la Ley 2a. de 1904, de breve vigencia, cuyos artículos 1o. y 2o. disponían:

“Artículo 1o.— Los Decretos ejecutivos que se dicten con carácter

legislativo, cuando se declare perturbado el orden y en estado de sitio toda la República o parte de ella, sólo tendrán fuerza obligatoria de ley cuando tengan por objeto ‘defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento’, conforme a la letra y al espíritu del artículo 121 de la Constitución.

“Artículo 2o.— La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente, en Sala de Acuerdo, sobre la validez o nulidad de los Decretos legislativos de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional, en la materia”.

Y como se recordará, el texto completo del actual artículo 214 de la Carta, que corresponde al del artículo 53 del Acto Legislativo número 1 de 1945, dice:

“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren” ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

“Decidir definitivamente sobre la executableidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

“En las acciones de inexecutableidad intervendrá siempre el Procurador General de la Nación”.

Ahora bien: Puede observarse sin esfuerzo a través de esta breve reseña de la evolución histórica de la norma vigente, que si bien la reforma de 1945 deslindó las respectivas órbitas de competencia entre el Consejo de Estado y la Corte, al señalar con toda precisión cuáles son los actos sometidos al control jurisdiccional de ésta, dejó intacta la esencia del precepto contenido en el (transcrito) artículo 41 del Acto Legislativo

número 3 de 1910. A esa esencia de la voluntad declarada del constituyente pertenece el criterio fundamental de que esta Corporación decida definitivamente sobre la exequibilidad de determinados actos acusados ante ella por cualquier ciudadano, pero no sin antes oír al Procurador General de la Nación. De manera que la misma Carta señaló nítidamente el orden racional y lógico del juicio de inexecutableidad ante la Corte: primero la acción, luego el concepto del Procurador y, por último, el fallo. Por tanto, aquél alto funcionario no puede escoger a su arbitrio la oportunidad para intervenir en el citado juicio, ni esa oportunidad surge sólo de la ley, como parece entenderlo el distinguido recurrente: está inequívocamente señalada en la Constitución, como se ha visto, y no debe producirse sino cuando "cualquier ciudadano", distinto precisamente del que ejerza aquella alta investidura, como es intuitivo, promueva la acción de inexecutableidad. Tal es el cabal entendimiento de la norma analizada, y una interpretación distinta contraría elementales reglas de hermenéutica. De allí que la Sala acoga sin reservas los siguientes conceptos expresados sobre el particular en la providencia recurrida.

"En cuanto al proceso constitucional por inexecutableidad, la intervención del Procurador se reduce a que la Corte oiga su concepto sobre la demanda promotora del juicio. Del canon constitucional que autoriza su intervención y de las normas legales que desarrollan ese acto, se deduce con claridad que quien puede actuar como actor no es el Procurador sino un tercero. Se le cita para oírlo en un proceso iniciado por otro. Para ejercer su actividad debe, pues, esperar a que la Corte le corra traslado de la demanda. Ese es el sentido que ofrece el mandato del constituyente. Luego si sólo está facultado para intervenir en los juicios que se promuevan por terceros, no le está permitido presentarse ante la Corte como actor.

"De acuerdo con lo expuesto, el Procurador, no puede ser sujeto activo de la acción de inexecutableidad. La tesis contraria llevaría a la consecuencia de que quedaría a su arbitrio sustituir la obligación que le impone el constituyente, limitada a la intervención en los procesos iniciados por terceros, por una actividad opuesta, la de promover el juicio de inexecutableidad como demandante. Con esta inteligencia al precepto constitucional se le

desvía de su recto y cabal entendimiento".

Tal fue, por otra parte, el sentido que el legislador advirtió en el texto constitucional estudiado. Por ello, al reglamentarlo, expresa el artículo 30 del Código Judicial: "Corresponde también a la Corte Suprema en pleno decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación". El valor interpretativo del texto anterior conserva su importancia, porque si bien es anterior a la enmienda de 1945, ésta, como ya se demostró, dejó incólume la esencia de la norma contenida en el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910. Además es evidente —como lo observa el auto recurrido— que los preceptos legales expedidos después de la vigencia del artículo 53 del Acto Legislativo número 10. de 1945 (Art. 214 de la Carta) "traducen la intervención del Procurador en forma idéntica a la contenida en el art. 30 del estatuto del procedimiento civil".

3o.)— La función general de "promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas" que, conforme al mandato del artículo 143 de la Carta, compete al Ministerio Público, en manera alguna se contrapone a la especialísima que al Procurador, como cabeza de aquél, le asigna el artículo 214. Por el contrario, se armonizan. En efecto, quién podría hallar seriamente una contrariedad, pero ni siquiera falta de consonancia, entre la facultad de promover el cumplimiento de las leyes y, desde luego, de la Ley fundamental, y la función de intervenir siempre en las acciones de inexecutableidad dentro de la oportunidad que la misma Constitución lógica y racionalmente señala, o sea después de que aquellas han sido instauradas por terceros? Y si esas funciones no se excluyen recíprocamente, sino que, a la inversa, se complementan —como lo acepta el Procurador— podrá por ventura de su armonía extraerse la conclusión necesaria de que él puede, a su arbitrio, ser sujeto activo de la acción de inexecutableidad? No será acaso más lógico y jurídico, en presencia de los textos constitucionales citados, concluir que el Procurador cumple a cabalidad la función prevista en el artículo 143 cuando, dentro de la oportunidad que le brinda el precepto del

artículo 214, propugna el cumplimiento de la Carta, si la estima infringida por la ley acusada?

4o.)— Manifiesta el recurrente que “si el Procurador debe promover el cumplimiento de las normas constitucionales y si no puede promover el de las leyes inexecutable, es claro que tiene la facultad de acusar ante la Corte las leyes contrarias a la Carta”. La fuerza del argumento es más aparente que real, frente al entendimiento armónico de las funciones estudiadas en el numeral anterior. Es obvio que el deber de promover el cumplimiento de las normas constitucionales lleva ínsito el de no estimular la observancia de las leyes que el Procurador estime incompatibles con aquellas. Pero de tales premisas, que en el fondo constituyen una sola, no puede lógicamente deducirse que el Procurador “tiene la facultad de acusar ante la Corte las leyes contrarias a la Carta”. Ya se ha demostrado cómo no puede el Procurador —aún inspirado en los más altos y sanos propósitos— sustituir la obligación que le impone el constituyente en el artículo 214 del Estatuto Fundamental, so pretexto de acatar las que por modo general le asigna al Ministerio Público el 143 de la Carta.

5o.)— De todo lo anterior se desprende que el Procurador General de la Nación no puede ser promotor del juicio de inexecutable ante la Corte, porque ello trasciende el límite de sus atribuciones constitucionales y legales, quebrantando el principio fundamental consagrado en el artículo 20 de la Carta: El funcionario público no tiene competencia para ejercer funciones distintas de las que le confieren la Constitución y la Ley.

6o.)— Finalmente expresa el Procurador que interpone el recurso de súplica en su carácter de tal y, “subsidiariamente, como ciudadano colombiano”. El tema que ello suscita fue ya estudiado en la providencia recurrida con inobjetable profundidad y extensión. Y ninguna nueva razón sustancial se ha aportado ahora para desvirtuar la tesis que en aquella propugnó el magistrado sustanciador. Conviene por tanto, reproducir aquí los pasos pertinentes del auto recurrido:

“Debe desecharse la posibilidad de que el Procurador pueda hacer uso de la acción como simple ciudadano. Los dos títulos —el que otorga la investidura y el de ciudadano— admiten separación. Es evidente que el ciudadano doctor Andrés Holguín puede ser

considerado como tal con independencia de su calidad de Procurador General de la Nación. Si, por ejemplo, tiene necesidad de comparecer a un juicio civil como actor o demandado y al efecto otorga poder a un abogado para que lleve en él su representación, no cabe duda de que quien está actuando es el ciudadano Andrés Holguín y no el Procurador. Pero no pueden disociarse los dos títulos cuando se trata del cumplimiento de una función que al empleado público confieren la Constitución y las leyes en consideración al cargo que ejerce, como ocurre en el asunto que se estudia. Si la función consiste en intervenir en un juicio de inexecutable para emitir concepto sobre la demanda, no puede invocar el título de ciudadano para presentarse como actor, ya que obrando así se incapacita para ejercerla.

“La acción de inexecutable es pública, como se deduce claramente del mandato constitucional que la instituye. Esta característica le sirve a la demanda para sostener que si está a disposición de todo ciudadano, de su ejercicio no pueda ser excluido el Procurador, pues goza él de todos los derechos que corresponden al ciudadano.

“El argumento no es atendible por las razones que se exponen a continuación:

“De la ciudadanía se deducen los derechos políticos, que, en síntesis se reducen a la facultad de elegir y ser elegido para cargos de elección popular, según el artículo 15 de la Constitución. Sin embargo, ésta los somete a restricciones. En efecto: los altos funcionarios que relaciona el art. 108 ibidem, entre los cuales figura el Procurador General, no pueden ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; el ejército, la policía nacional y los cuerpos armados permanentes no pueden ejercer el derecho del sufragio ni intervenir en debates políticos mientras permanezcan en servicio activo (art. 168, inciso 3o.). Otra restricción es la que establece el art. 178 del mismo estatuto. Los indicados preceptos demuestran que hay un grupo de funcionarios públicos a quienes se priva temporalmente de los derechos políticos en todo o parte, sin que por ello pierdan la calidad de ciudadanos. Cuando los integrantes del grupo se despojan de la investidura que motiva la prohibición, revive para ellos la plenitud de los derechos del ciudadano, sin perjuicio de que la inhabilidad se prolongue

después de la desinvestidura por determinado tiempo en el caso del art. 108.

“Objeto de la acción de inexequibilidad es la preservación del orden jurídico, el imperio de la legalidad, la integridad de las instituciones, en una palabra, el mantenimiento del estado de derecho. No sería desacertado decir que, en el fondo, es un derecho político, como se desprende de su finalidad y de la circunstancia de que la norma constitucional que la consagra la reserva al ciudadano.

“Si como se ha visto, los derechos políticos fundamentales admiten restricciones, el que se examina, derivado como aquéllos de la ciudadanía, autoriza el mismo tratamiento.

“No puede, pues, alegarse que el título de ciudadano basta por sí sólo para que todo el que lo ostente, sin excluir al funcionario público, se halla capacitado para ejercer la acción de inexequibilidad.

“Aun aceptando que los funcionarios públicos puedan utilizar la acción, el Procurador General, frente a ella, se encuentra en una situación especial, distinta de la del resto de los empleados oficiales de cualquier categoría: Esa situación constituye un obstáculo insalvable que lo incapacita para hacer uso de ella, como ha quedado demostrado”.

7o.).— Aunque nada sería menester agregar a lo que acaba de transcribirse, conviene sin embargo comentar brevemente el siguiente aspecto de la cuestión debatida, presentado con innegable destreza dialéctica por el señor Procurador. Expresa éste en el escrito mediante el cual se sustenta el recurso: “Dice el auto recurrido que no puede actuar como ciudadano, para acusar una ley de inconstitucionalidad, quien ocupa el cargo de Procurador General, pues la función consiste en intervenir en el juicio de inexequibilidad y obrando así se incapacita para ejercerla”. Si

actúo como ciudadano —agrega— me incapacito como funcionario. De acuerdo. Ello es claro y así lo expresé en mi demanda. De este modo, una vez admitido mi libelo, me declararé impedido y será necesario designar un Procurador ad-hoc, como otras veces se ha hecho. Pero esto significa solamente que va a producirse, más tarde, un impedimento; jamás que la demanda sea inadmisibles”.

En verdad, no se trata de que la incapacidad subsiguiente constituya el obstáculo legal y jurídico para admitir la demanda. Es que la incapacidad surge ab-initio, precisamente porque, como lo anotó el auto recurrido, no pueden disociarse los dos títulos —el que otorga la investidura y el de ciudadano— cuando se trata del cumplimiento de una función que al empleado público confieren la Constitución y las leyes en consideración al cargo que ejerce.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— NO REVOCA la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, con salvamento de voto; Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Enrique López de la Pava, Ignacio Gómez Posse, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Antonio León Rey, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO RAMIRO ARAUJO GRAU

Salvamento de voto del H. Magistrado Ramiro Araujo Grau, respecto de la providencia que antecede (que resuelve negativamente el recurso de súplica interpuesto por el señor Procurador General de la Nación contra el auto de 23 de noviembre de 1962, en el cual el ponente denegó la admisión de una demanda de inexecutable presentada por el mismo señor Procurador).

En mi modesta opinión el fallo en referencia se reciente de "civilismo", o mejor, de "procesalismo civil", si se me permite la expresión, que lo lleva a trasladar, sin un riguroso beneficio de inventario, nociones elaboradas para el proceso civil a la llamada acción de inexecutable, de eminente carácter público o popular, y que sólo por una amplia analogía puede ser colocada dentro de la misma casilla conceptual de la acción civil.

Se reciente igualmente de un criterio hermenéutico muy apegado a lo literal de los textos. Es por ello por lo que no alcanza a ver en la atribución general que al Ministerio Público confiere el art. 143 de la Carta, la posibilidad de que éste, obligado a promover la vigencia permanente de la juridicidad, pida a la Corte la declaración de inexecutable de un precepto legal que irrogue agravio a la ley de leyes.

Por el mismo motivo no logra percibir que el art. 214 de la Carta, en cuanto al Procurador se refiere, lo que hace es imponerle un deber: el de intervenir en las acciones de inexecutable que promueva cualquier ciudadano distinto de él; pero no le prohíbe, como cabeza del Ministerio Público, sobre quien pesa principalmente el mandato de "promover la ejecución de las Leyes", esto es, de velar por el imperio de la legalidad *lato sensu*, que demande directamente una declaración de inexecutable ante la Corte.

Como tampoco llega a comprender que las prohibiciones que a determinados ciudadanos impone la Carta respecto al ejercicio de ciertos derechos políticos, lo que prueba es precisamente que todo recorte a los atributos de la ciudadanía sólo puede producirse en virtud de una clara prohibición; pero no existe precepto alguno de la Carta que veda al ciudadano-Procurador el ejercicio que a presentar demandas de inexecutable ante la Corte reconoce el art. 214 de la misma carta a "cualquier ciudadano".

Fecha ut supra.

RAMIRO ARAUJO GRAU



INEXEQUIBILIDAD DEL ART. 41 DE LA LEY 93 DE 1965

La violación del estatuto orgánico del presupuesto conlleva necesariamente la del art. 210 de la Carta.— La ley del presupuesto es temporal y en ella no se pueden incluir normas de vigencia permanente.— Intromisión indebida de la Rama Legislativa del Poder Público en el desempeño libre y ordenado de las funciones que competen a la jurisdiccional.— La medida de carácter disciplinario, establecida en el art. 41 de la Ley 93 de 1965 va contra el inciso 2o. del art. 160 de la Constitución.— Derechos adquiridos con justo título.— La disposición impugnada, viola también el art. 30 de la Ley de Leyes.

1.— El artículo 210 de la Constitución Nacional, producto de la reforma de 1945 que dió gran satisfacción al anhelo público de poner algún orden en materia de hacienda, consagró, entre otros principios, el de que el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones, se expedirá "estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley" que es la normativa del presupuesto.

Quiso el constituyente con esta norma, corregir la costumbre parlamentaria de dar a las disposiciones orgánicas del Presupuesto Nacional un cumplimiento muy relativo que nació de la tesis de que el Legislador, soberano siempre, enmendaba, para casos particulares, la regla general. Y fué así como sometió al Congreso a la obediencia estricta de las reglas previas que condicionan la formación del Presupuesto Nacional.

De donde se infiere la conclusión de que la violación del estatuto orgánico de la ley de presupuesto, conlleva necesariamente la del artículo 210 de la Carta.

Sobre el particular véase sentencia de la Corte de fecha 30 de septiembre de 1947.

2.— El Decreto—Ley No. 1675 de 1964, que era la ley orgánica del presupuesto nacional cuando se extinguió la norma acusada, y que sigue siéndolo, reza:

"Artículo 36.— En las disposiciones generales del presupuesto sólo se incluirán aquéllas normas relacionadas con las rentas y los gastos que hayan de servir para ejecutar el presupuesto, y regirán únicamente durante el año fiscal para el cual se expidan. Por medio de ellas no se podrán crear nuevos impuestos, ni abolir los existentes, ni derogar, ni modificar las leyes vigentes, ni decretar nuevos gastos".

La simple comparación de este precepto con el del artículo 41 de la Ley 93 de 1965, que

forma parte de las disposiciones generales de la ley de presupuesto, deja adivinar su violación, por cuanto este último no es norma relacionada con las rentas y gastos que hayan de servir para ejecutar el presupuesto, y, además, modifica, contra la expresa prohibición del artículo copiado, leyes vigentes tales son los artículos 554 del Código de Procedimiento Civil y el 100 del Código de Procedimiento Laboral.

De donde se concluye la violación del artículo 210 de la Constitución, puesto que se ha demostrado que el estatuto legal impugnado no fué expedido con estricta sujeción a las reglas de la ley orgánica del presupuesto nacional.

Como lo dijo la Corte en la sentencia atrás citada, al resolver un caso de impresionante identidad jurídica con el presente, "... no se trata propiamente de un vicio de forma en la ley acusada, sino de una prescripción más substancial, por lo cual no es necesario afrontar la discusión sobre la competencia de la Corte cuando se trata de actos meramente preparatorios de la ley o que miran a su formación".

3.— De acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional, "el congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

En desarrollo de este principio, el artículo 78 del mismo estatuto, en su numeral 2o., prohíbe al Congreso "inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes".

El artículo 41 de la Ley 93 de 1965, al constreñir a los jueces a tomar precisas determinaciones y al compelerlos a revocar sus providencias, bajo la amenaza de suspenderles el pago de sus sueldos, encierra una intromisión

indebida de la Rama Legislativa del Poder Público en el desempeño libre y ordenado de las funciones que competen a la Jurisdiccional. Ello, porque los errores judiciales pueden ser enmendados mediante los recursos legales y también por las sanciones penales por violación de la ley expresa, pero previo el correspondiente proceso.

4.— El inciso 2o. del artículo 160 de la Constitución Nacional establece que “los Magistrados y Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior, que podrán consistir en multas, suspensión o destitución, en la forma que determine la ley”.

Pues bien. Si el artículo 41 de cuya acusación se trata, al disponer la suspensión del pago de sueldos a los jueces que decreten embargos contra los fondos de las entidades de Previsión Social Nacional, estableció una medida de carácter disciplinario, él va contra el artículo 160, inciso 2o., que dijo claramente que sanciones podrían dictarse, contra Magistrados y Jueces, de una parte, y de la otra indicó quién podría imponerlas—el respectivo superior— y en ningún caso, empleados del orden administrativo, integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Si lo que quiso el Legislador, en cambio, fué establecer una pena propiamente dicha, el artículo 41 de la Ley 93 de 1965, sería violatorio del artículo 26 de la Carta, de acuerdo con el cual “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”. En el caso, no existe un procedimiento específico para aplicar la norma punitiva de que se trata. Por lo demás, los Jueces serían penados” sin garantía de defensa y en el fondo sin motivo previo definido en las leyes”, por funcionarios incompetentes, como son los del orden administrativo, “y sin el lleno de la plenitud de las formalidades propias del juicio”.

5.— La disposición impugnada (art. 41 de la Ley 93 de 1965) viola el artículo 30 de la Ley de Leyes, que consagra el respeto a los derechos adquiridos con justo título, uno de los cuales es el que al funcionario o empleado público se le pague oportunamente el sueldo que ha devengado, sin que se le pueda arrebatar ese derecho por vía de sanción administrativa, como lo manda el artículo 41 acusado. Ello, como lo expresa el señor Procurador, “va contra el orden público porque no puede esperarse que exista o sobreviva una organización del Estado”— la judicial— si a los jueces se les priva “de los medios indispensables para subsistir”.

Corte Suprema de Justicia.— Sala Plena.— Bogotá, abril primero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo)

El ciudadano, José Ríos Trujillo, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide a la Corte declare la inexecutable del artículo 41 de la Ley 93 de 1965, que a la letra dice:

“Artículo 41.— Siendo el Tesoro Nacional la fuente de recursos para las obras y servicios de utilidad pública e interés social, conforme al artículo 30 de la Constitución Nacional, en ningún caso sus fondos podrán ser embargados por particulares. Esta norma ampara los fondos de las entidades de Previsión Social Nacional.

La Pagaduría del Ministerio de Justicia por orden de la Dirección Nacional de Presupuesto, suspenderá el pago de los sueldos de los jueces que ordenen el embargo de los fondos de que trata este artículo, hasta tanto revoquen tal providencia”.

Señala como normas violadas los artículos 55, 65, ordinal 2o. del artículo 78, artículos 79, 80 (ordinal 2o.), 81, 160 (incisos 2o., 3o. y 4o.) y 208, 215 y 218 de la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Como razones de la violación, expone el demandante:

a.— El artículo 41 de la Ley 93 de 1965 contraría el artículo 55 de la Carta, que consagra el principio de la separación de las ramas del poder público, al decir que “El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”. Al preceptuar la disposición acusada que se “suspenderá el pago de los sueldos de los jueces que ordenen el embargo de los fondos de que trata este artículo, hasta tanto revoquen tal providencia”, no hace otra cosa que constreñir a una de tales ramas a realizar actos sin la menor autonomía. “Y entonces la facultad juzgatoria, decisoria del juez... en qué queda? Reducido, simplemente, a acatar inexorablemente la prohibición que le viene de la norma acusada de no embargar”.

b.— De acuerdo con el artículo 65 de la Carta, todo funcionario al entrar a desempeñar su cargo, deberá prestar juramento de “sostener y defender la

Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben". Y el artículo 41 de la Ley 93 de 1965, al establecer una sanción cuando decreta un embargo contra el Tesoro Público, impediría al funcionario declarar la excepción de inconstitucionalidad, aunque ella exista, lo que equivaldría a violar el juramento prestado.

Ello —agrega el demandante— aparejaría además una violación del artículo 215, que consagra para quien aplica normas inferiores, la facultad de hacer prevalecer las disposiciones constitucionales sobre las legales, "en todo caso de incompatibilidad" entre unas y otras.

c.—) "Además, dice textualmente la demanda —la norma acusada viola el artículo 79 de la Carta Fundamental, puesto que una ley debe sufrir la tramitación prevista en dicho artículo, a menos que se trate de un tipo de regulación legal de las contempladas en el Art. 80 de la C. N. que, en este caso, deben ajustarse al mecanismo de expedición de este artículo. Igualmente, viola la norma en cuestión el Art. 80, ordinal 2o. de la C. N., toda vez que, al prohibir el Art. 41 acusado el embargo al Tesoro Público está nada menos que reformando el Código Laboral, al extender la prohibición hasta "en ningún caso", vale decir, hasta por concepto de obligaciones de carácter laboral de la Nación o de Entidades de Derecho Público, que pudieran ser exigibles ejecutivamente, y es el caso de que toda norma legal o las leyes que se encargan de expedir Códigos y reformar sus disposiciones no podrán ser dictadas o reformadas sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas Comisiones permanentes de una y otra Cámara o presentados por los Ministros del Despacho, lo cual no se cumplió precisamente porque la norma acusada está involucrada en la ley de Presupuesto anteriormente citada, Ley ésta, que por ser de carácter especialísimo, tal como lo dispone el Art. 208 de la C. N., no es susceptible de este mecanismo. Además, una Ley como la de Presupuesto, ley especial, de vida transitoria, que debe ocuparse del presupuesto de Rentas y del Proyecto de Ley de Apropriaciones, y de nada más, no puede contener ordenamientos distintos a esta materia, mucho menos a intentar reformar Códigos. . ."

d.—) Por último —anota la acusación— la norma impugnada es violatoria de los incisos

2o., 3o. y 4o. del artículo 160 de la Carta, porque estos preceptos, cuya finalidad es la protección de la autonomía de los jueces, regulan la forma de imponer sanciones a éstos y a los Magistrados y prohíbe la supresión o disminución de los sueldos de quienes estén desempeñando tales cargos. Pues bien: el artículo 41 de la Ley 93 de 1965 "de una sola plumada" deja sin efecto tales mandatos, "al ordenar la suspensión del pago de los sueldos de los jueces que embarguen el Tesoro Nacional y hasta tanto no revoquen tal providencia. Así las cosas, por tal disposición se llegaría a modificar la C. N., la que sólo es viable (sic) al tenor del Art. 218 de la misma, de donde se desprende que también la disposición acusada viola este artículo".

En la demanda no se trae el concepto de violación del ordinal 2o. del artículo 78 y el 208 de la Constitución.

EL CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

Estima el señor Procurador General de la Nación, en su amplio concepto, que la norma acusada es inconstitucional y que, por tanto, la Corte debe declarar su inexecutable, de acuerdo con lo demandado.

Para el funcionario, el artículo 41 de la Ley 93 de 1965 contiene dos partes, que deben ser separadas así: la primera que dispone que, en ningún caso podrán ser embargados por particulares los fondos del Tesoro Nacional, ni de las entidades de Previsión Social Nacional; y la segunda, que establece la sanción de suspensión del pago de sus sueldos a los jueces que ordenen tales embargos y "hasta tanto revoquen tal providencia".

El primer punto es examinado por dos aspectos: a—) Si puede la ley disponer que no sean embargados los fondos del Tesoro Nacional y los de las entidades de Previsión Social Nacional; y b—) Si caso de poder hacerlo, las previsiones del artículo acusado se dictaron de acuerdo con las normas constitucionales.

"En cuanto a lo primero —dice— no hay duda de que, como tesis general, la ley es la encargada de señalar qué bienes son embargables y cuáles no lo son".

"Si el legislador, por medio de las normas que expide en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 76 de la Carta, consagra la prohibición de embargar bienes o fondos, no rompe el principio de la separación de

funciones ni el de la colaboración armónica de las Ramas del Poder Público, puesto que dentro del mismo principio de la separación corresponde al Congreso la función de disponer sobre lo atañedor a la buena marcha del Estado, aún estableciendo prohibiciones mediante normas con carácter de generalidad, imperatividad y efectividad: así proporciona a los jueces reglas de índole general para que, ejerciendo su autoridad jurisdiccional con la competencia que tengan para conocer del caso singular, decidan los conflictos y apliquen a los casos particulares la ley expedida con carácter general”.

Examina, luego, el contenido de los artículos 554 del Código Judicial y 100 del Código del Trabajo, el primero de los cuales consagra el principio de que “el Estado no puede ser ejecutado”, por lo cual sus bienes no pueden ser embargados, mientras el segundo dispone que “Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de todas las obligaciones originadas en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme”. Pero “no cree del caso pronunciarse ahora sobre el aspecto relativo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ejecución en contra del Estado, pues ello no es materia de debate; en consecuencia, no estima pertinente referirse a los artículos 554 del Código Judicial y 100 del Código Procesal del Trabajo, para tratar sobre su acomodo o discordancia con los principios constitucionales, toda vez que dichas normas no están sub-judice”.

“...de todos modos —agrega— se presenta este dilema: o el artículo 554 del Código Judicial fue reformado por el 100 del Código Procesal del Trabajo, o no lo fue. En el primer caso, estarían autorizados la ejecución contra el Estado y el embargo de sus bienes, para la efectividad de obligaciones originadas en relaciones de trabajo; en el segundo caso, tales ejecución y embargo estarían prohibidos”.

“Sea de ello lo que fuere —continúa— cuando por el artículo 41 de la ley 93 de 1965 se prohibió el embargo por particulares de los fondos del Tesoro Nacional y de las entidades de Previsión Social Nacional, indudablemente se adicionó o se modificó un Código: el Judicial, para extender a los fondos de las entidades de Previsión Social Nacional la prohibición de embargo; o el Procesal del

Trabajo, al suprimir la facultad de embargar los bienes del Estado o de las referidas entidades de previsión, si es que el artículo 100 la contenía.

“Y esta adición (en el caso del Código Judicial) o esta modificación (en el caso del Código Procesal del Trabajo) se habría hecho mediante una ley que, como la de Presupuesto, es eminentemente transitoria pues su vigencia sólo se extiende al período fiscal para la cual se dicta, y en cuyo trámite y aprobación no se llenan las exigencias constitucionales requeridas para las leyes que modifican Códigos”.

Continúa en estos términos:

“Al tenor del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso hacer las leyes y ejercer por medio de ellas diversas atribuciones, entre las cuales debo citar la de “interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes” y la de “expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” (ordinales 1o. y 2o.)

“En el ejercicio de la primera de tales atribuciones, no parece posible que mediante una ley de carácter eminentemente transitoria, como es la de Presupuesto de Rentas y Gastos, pretenda suspenderse por el año fiscal de su vigencia una norma legal de carácter permanente como lo tienen las de los Códigos; y tampoco puede el Congreso suspender temporalmente la vigencia de una norma legal, a menos que así se diga expresamente, lo que no sucede en el caso que se estudia pues el artículo 41 de la ley 93 de 1965 no habla de tal suspensión sino que establece una prohibición absoluta”.

Por cuanto la adición o modificación de que se ha hablado y que contiene el artículo 41 de la ley 93 de 1965 se hizo sin sujeción a las exigencias de los artículos 80 y 81 de la Carta, “estimo —son palabras del señor Procurador— que el citado artículo 41 es inexecutable, y así lo manifiesto aun cuando sé que la H. Corte Suprema de Justicia se ha inclinado decisivamente a la tesis de que la inexecutable no puede declararse por vicios de forma o de trámite en la expedición de las normas legales”.

Al estudiar la segunda parte del artículo impugnado, el señor Procurador manifiesta:

“La evidente amenaza que por el artículo 41 acusado se hace a los jueces, y la real suspensión en el pago de sus sueldos por

orden de un funcionario administrativo, no sólo atentan contra la independencia de los encargados de administrar justicia al imponerles imperativamente la forma como deben interpretar y aplicar la ley, violando así el artículo 55 de la Constitución, sino que quebranta otras normas de la Carta Fundamental: el artículo 30, por cuanto al suspenderse el pago de los sueldos se viola o desconoce el derecho adquirido que tienen los jueces a que les sea cubierta oportunamente la remuneración asignada al cargo como contraprestación por el servicio que ya prestaron; el artículo 160, por cuanto las sanciones a los jueces no pueden ser distintas a las que dicha norma autoriza, y no deben ser aplicadas por las autoridades administrativas sino por los superiores de los jueces o Magistrados; y el artículo 26, por cuanto sin procedimiento, sin garantía de defensa y en el fondo sin motivo previo definido en las leyes, se aplican sanciones por funcionarios incompetentes y sin el lleno de la plenitud de las formas propias del juicio”.

Termina el señor Procurador su concepto, afirmando que el artículo acusado “va contra el orden público porque no puede esperarse que exista o sobreviva una organización del Estado en punto al importantísimo e imprescindible servicio de la administración de justicia, en el que está forzosamente interesado el orden público, si a sus jueces, funcionarios encargados de tan sagrada misión, se les priva, así sea temporalmente, mediante una orden de funcionario administrativo, de los medios indispensables para subsistir”. Mantener la orden de suspensión del pago de los sueldos que los jueces tienen devengados, hasta que revoquen la orden de embargo, es obligarlos a pronunciar providencias contrarias a su conciencia y criterio lo que constituye una maléfica y abusiva intromisión por parte del Legislativo en los fueros y funciones de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Dentro de estas ideas, el representante del Ministerio Público quiere que se declare inexecutable el artículo 41 de la Ley 93 de 1965.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1a. El artículo 210 de la Constitución Nacional, producto de la reforma de 1945 que dió gran satisfacción al anhelo público de

poner algún orden en materia de hacienda, consagró, entre otros principios, el de que el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones, se expedirá “estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley” que es la normativa del presupuesto.

Quiso el Constituyente con esta norma, corregir la costumbre parlamentaria de dar a las disposiciones orgánicas del Presupuesto Nacional un cumplimiento muy relativo que nacía de la tesis de que el Legislador, soberano siempre, enmendaba, para casos particulares, la regla general. Y fué así como sometió al Congreso a la obediencia estricta de las reglas previas que condicionan la formación del Presupuesto Nacional.

De donde se infiere la conclusión de que la violación del estatuto orgánico, de la ley de presupuesto, conlleva necesariamente la del artículo 210 de la Carta.

Así lo entendió la Corte cuando en sentencia de 30 de septiembre de 1947, dijo:

“Cuál es, entonces, el carácter propio de la Ley 64 de 1931, ‘Orgánica del Presupuesto Nacional’ (hoy Decreto Ley No. 1675 de 1964) a la que defiere la Constitución de modo tan expreso? ¿Se trata de una simple ley común que puede ser alterada o violada por el Legislador cuantas veces lo desee, sin que por eso se modifique en lo más mínimo el principio constitucional que ordena obedecerla? ¿Es ésta una ley jerárquicamente superior a las otras?

“Cuando la Constitución en su artículo 210 ordena que ‘en cada legislatura y estrictamente de acuerdo con la ley respectiva se expedirá el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones’, no puede entenderse otra cosa que la referencia o sujeción a un cuerpo legal ya existente en el cual se establece la manera de regular la formación, elaboración y expedición del presupuesto. . .

“No puede afirmarse perentoriamente que existan leyes de mayor o mejor categoría unas en relación con otras, pero es lo cierto que ésta orgánica del presupuesto o sea la 64 de 1931 (hoy Decreto—Ley 1675 de 1964), ocupa una posición muy distinta por querer del Constituyente puesto que él mismo, de modo expreso ordenó al Legislador sujetarse a ella de una manera tan ostensible que no hay vacilación alguna sobre el particular. No obstante ser, por lo menos en la forma tanto la ley orgánica del presupuesto como las que anualmente se expiden en función de ella,

leyes de igual categoría, resulta que las segundas obedecen ineludiblemente a un orden de precedencia en el cual la Ley 64 de 1931 (hoy Decreto—Ley 1675 de 1964) por su prelación temporal somete a las posteriores a determinados requisitos de fondo y de forma, con tal fuerza subordinante que las segundas no pueden operar independientemente de la primera que las rige y las hace acomodar a sus preceptos”.

Ahora Bien: El Decreto—Ley No. 1675 de 1964, que era la ley orgánica del presupuesto nacional cuando se extinguió la norma acusada, y que sigue siéndolo, reza:

“Artículo 36.— En las disposiciones generales del presupuesto sólo se incluirán aquéllas normas relacionadas con las rentas y los gastos que hayan de servir para ejecutar el presupuesto, y regirán únicamente durante el año fiscal para el cual se expidan. Por medio de ellas no se podrán crear nuevos impuestos, ni abolir los existentes, ni derogar, ni modificar las leyes vigentes, ni decretar nuevos gastos”.

La simple comparación de este precepto con el del artículo 41 de la Ley 93 de 1965, que forma parte de las disposiciones generales de la ley de presupuesto, deja adivinar su violación, por cuanto este último no es norma relacionada con las rentas y gastos que hayan de servir para ejecutar el presupuesto, y, además, modifica, contra la expresa prohibición del artículo copiado, leyes vigentes tales son los artículos 554 del Código de Procedimiento Civil y el 100 del Código de Procedimiento Laboral.

De donde se concluye la violación del artículo 210 de la Constitución, puesto que se ha demostrado que el estatuto legal impugnado no fué expedido con estricta sujeción a las reglas de la ley orgánica del presupuesto nacional.

Como lo dijo la Corte en la sentencia atrás citada, al resolver un caso de impresionante identidad jurídica con el presente, “. . . no se trata propiamente de un vicio de forma en la ley acusada, sino de una prescripción más substancial, por lo cual no es necesario afrontar la discusión sobre la competencia de la Corte cuando se trate de actos meramente preparatorios de la ley o que miran a su formación”.

Aunque lo anterior sería suficiente para el efecto de declarar la inexecutable de la disposición acusada, la Corte quiere hacer las

siguientes consideraciones en, torno a la segunda parte del mismo precepto.

2a.—) De acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional, “el Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

En desarrollo de este principio, el artículo 78 del mismo estatuto, en su numeral 2o, prohíbe al Congreso “inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes”.

El artículo 41 de la Ley 93 de 1965, al constreñir a los Jueces a tomar precisas determinaciones y al compelerlos a revocar sus providencias, bajo la amenaza de suspenderles el pago de sus sueldos, encierra una intromisión indebida de la Rama Legislativa del Poder Público en el desempeño libre y ordenado de las funciones que competen a la Jurisdiccional. Ello porque, los errores judiciales pueden ser enmendados mediante los recursos legales y también por las sanciones penales por violación de la ley expresa, pero previo el correspondiente proceso.

3a.—) El inciso 2o del artículo 160 de la Constitución Nacional establece que “los Magistrados y Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior, que podrán consistir en multas, suspensión o destitución, en la forma que determine la ley”.

Pues bien. Si el artículo 41 de cuya acusación se trata, al disponer la suspensión del pago de sueldos a los jueces que decreten embargos contra los fondos de las entidades de Previsión Social Nacional, estableció una medida de carácter disciplinario, él va contra el artículo 160, inciso 2o, que dijo claramente que sanciones podrían dictarse contra Magistrados y Jueces, de una parte, y de la otra indicó quién podría imponerlas —el respectivo superior— y en ningún caso, empleados del orden administrativo, integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Si lo que quiso el Legislador, en cambio, fué establecer una pena propiamente dicha, el artículo 41 de la Ley 93 de 1965, sería violatorio del artículo 26 de la Carta, de acuerdo con el cual “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". En el caso, no existe un procedimiento específico para aplicar la norma punitiva de que se trata. Por lo demás, los Jueces serían penados "sin garantía de defensa y en el fondo sin motivo previo definido en las leyes", por funcionarios incompetentes, como son los del orden administrativo, "y sin el lleno de la plenitud de las formalidades propias del juicio".

4a.—) Finalmente la disposición impugnada viola el artículo 30 de la Ley de Leyes, que consagra el respeto a los derechos adquiridos con justo título, uno de los cuales es el que al funcionario o empleado público se le pague oportunamente el sueldo que ha devengado, sin que se le pueda arrebatar ese derecho por vía de sanción administrativa, como lo manda el artículo 41 acusado. Ello, como lo expresa el señor Procurador, "va contra el orden público porque no puede esperarse que exista o sobreviva una organización del Estado"—la judicial— si a los Jueces se les priva "de los medios indispensables para subsistir".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en uso de la atribución

que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, y de acuerdo con el señor Procurador,

DECIDE:

Es inexecutable el artículo 41 de la Ley 93 de 1965.

Publíquese, cópiese, comuníquese a quien corresponda, e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Zambrano, Samuel Barrientos Restrepo, Adán Arriaga Andrade, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Aníbal Cardozo Gaitán, Flavio Cabrera Dussán, Eduardo Fernández Botero, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Victor G. Ricardo.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos en materia civil, a cargo de CARLOS MANUEL GUTIERREZ E., Relator Auxiliar.

CALIFICACION PREVIA DE LA DEMANDA DE CASACION

El recurso de casación tiene un carácter extraordinario y rigorista.— Causal 1ª de casación.— El impugnante debe señalar, individualizándolos, cada uno de los textos de derecho sustancial que considere infringidos e indicar el concepto en que los reputa vulnerados.— Sólo es sustancial la norma declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo.— El art. 1508 del C. Civil, es un texto meramente enunciativo, cuya infracción no sirve por sí sola para legitimar el recurso extraordinario en punto de la causal primera.— Los arts. 716, 717, 719 y 721 a 723 del C. Judicial no consagran derechos subjetivos en concreto.

1.— Si el principal objetivo de la casación es el restablecimiento de la ley quebrantada por el juzgador de instancia (art. 519 C.J.), restablecimiento a que se subordina el interés privado de los litigantes, no obstante ser este interés el resorte que pone en acción el recurso, ello explica por qué tiene un carácter extraordinario y rigorista, en cuya virtud únicamente puede fundarse en los motivos específicos previstos por la norma, los que el recurrente ha de proponer con sujeción a las pautas formales, para que la Corte pueda entrar en el estudio y despacho de fondo de la acusación.

Vale decir que el recurso no es en modo alguno una nueva instancia a la que, por obra de su simple interposición, pueda ser llevada la Corte para entender en todos los extremos y pormenores del litigio. Sino que su actividad jurisdiccional queda circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia le trace el impugnante. Por modo que si éste no configura sus cargos, satisfaciendo las exigencias requeridas al efecto por el legislador, ello es como si dejase desierto el recurso quitando a la Corte la posibilidad de ocuparse en definirlo.

2.— El artículo 65 del Decreto—Ley 528 de 1964 estableció el rito de la calificación previa de la demanda de casación, en orden a determinar si ésta se ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 63 *ibidem*, y de no para que el recurso se declare desierto. Lo que obedece desde luego a un imperativo de economía procesal, que repugna el adelantamiento de trámites encaminados a objetivos frustráneos por no haberse satisfecho los presupuestos indispensables a su prosperidad.

3.— Dispone el artículo 63 del Decreto—Ley 528 de 1964, a semejanza de lo que dispuso el artículo 531 del C.J., que la demanda de casación, además de contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, debe "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". Y esto último, tratándose de la causal primera, predica conexión necesaria con la naturaleza de la misma, que consiste precisamente en "ser la setencia violatoria de la ley sustancial". Lo que puede ocurrir bien por omisión, cuando la ley de esta especie se dejó de aplicar al caso del pleito, habiendo debido serlo; o por aplicación indebida, cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto litigado; o por interpretación errónea, cuando siendo la adecuada, empero se la entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley (art. 52 ord. 1o. dec. cit.).

Sea, pues, que se pretenda acusar por violación de ley sustancial en vía directa, esto sin que medie reparo alguno sobre la ponderación de los medios, estando el recurrente conforme con la concepción que de los hechos tuvo el Tribunal, o por infracción indirecta de esa ley, es decir por atribuirse su quebranto a error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de determinada prueba, en todo caso obligado está el impugnante a señalar, individualizándolos, cada uno de los textos de derecho sustancial que considere infringidos, indicando también el concepto en que los reputa vulnerados (Cass. 18 febrero 1954, LXXVII, pág. 42; 4 marzo 1955, LXXIX, pág. 696; 19 octubre 1955, LXXXI, pág. 446; 14 abril 1959, XC, pág. 317).

4.— Bien sabido se tiene que sólo es sustancial la norma declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo, en cuya virtud el titular activo de la relación respectiva está investido de poder jurídico para hacer valer la situación a su favor que esa norma consagra; y es así, en orden al reconocimiento, tutela y eficacia de los derechos de tal especie, como se encuentran establecidos los procesos y el sistema probatorio, cuyas reglas en cuanto se limitan a este servicio tienen apenas un carácter instrumental, a diferencia de los preceptos sustanciales que llevan en sí su propio fin, esto es la consagración de los llamados derechos subjetivos.

Por lo mismo, no sirve para montar el recurso de casación en el campo de la causal primera, el sólo desconocimiento por el sentenciador de textos legales que no establezcan derecho alguno sustancial, aunque se encuentren haciendo parte de cualquiera de los códigos sustantivos, ni el mero quebranto de las normas disciplinarias o valorativas de las pruebas.

5.— El artículo 1508 del C. Civil, único que de esta obra cita el recurrente, en cuanto apenas se limita a indicar que "los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo", es un texto meramente enunciativo, cuya infracción no serviría por sí sola para legitimar el recurso extraordinario en punto de la causal primera, mientras no repercutiese en el quebranto de otro precepto que sea consagradorio de un derecho subjetivo y que por fuerza tendría que señalarse concretamente como vulnerado, indicando el concepto en que lo hubiera sido. En este orden de ideas ha dicho la doctrina jurisprudencial que "los preceptos legales que solo dan definiciones no son susceptibles de quebranto directo para los fines de la casación porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos..." (Cass. 29 agosto 1947, LXII, 2050/51, pág. 736; 30 septiembre 1955, LXXXI, 2157/58, pág. 216).

No sirve para los fines de la acusación, el que el impugnante; luego de citar el artículo 1508, hubiera agregado la locución "y sgts. del C. Civil". Porque, si como ya se dijo, era de su deber indicar con precisión las disposiciones legales que pretendiese fueron violadas por el sentenciador, esa obligación no se cumple haciendo enunciaciones generales que nada concreta, como es el caso de la locución que se contempla: artículos siguientes del Código Civil, o como lo sería la cita de "título o capítulos, sin señalar de un modo concreto el artículo especial que se supone infringido por la sentencia" (Cas. 29 octubre 1945, LIX, 2025/26/27, pág. 751). Es que "la acusación se polariza en los artículos de la ley que singularmente se hayan citado como infringidos". (Cas. 28 abril 1961, XCV, pág. 507), sin que la Corte pueda de oficio entrar a indagar cuáles podrían ser las normas a que quiso referirse el recurrente y cuál el sentido en

que fueron lesionadas.

6.— Los artículos 716, 717, 719, 721, 722 y 723 del C. Judicial, tratan de la forma de elaboración, presentación y trámite de la prueba pericial y del valor de la misma en las diferentes hipótesis que allí se contemplan; y los artículos 593 y 601 del mismo estatuto establecen sabios criterios que deben seguir los jueces para la decisión de los litigios y apreciación de las pruebas. Però ninguno de estos textos consagra derechos subjetivos en concreto y, por lo tanto, su quebranto por el sentenciador no podría estructurar cargo formal en casación por la causal primera, si no se articulase al mismo tiempo la consecuencial violación de preceptos sustanciales, de imprescindible determinación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, quince de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón.

Contra la sentencia de segunda instancia de fecha dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que confirma la del juez a quo absolutoria del demandado, en este juicio ordinario seguido por Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A., interpuso la parte actora recurso de casación, el que le fué concedido por el Tribunal.

Admitido por la Corte el recurso para su tramitación, se ordenó dar traslado del proceso a la parte recurrente, cuyo apoderado presentó con fecha 3 de febrero último la demanda de casación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del decreto-ley número 528 de 1964, pasa la Corte a considerar en su aspecto formal, a efecto de verificar si permite, sí o no, estudio de fondo y determinar lo que en consecuencia corresponda.

En su libelo, el recurrente hace un resumen de hechos concernientes a la materia de la controversia, la que versó sobre el pedimento de Francisco Eladio Ramírez para que se declare la nulidad de la venta hecha por éste a Luis E. Quintana A., de un inmueble rural, ubicado en el distrito de Roldanillo, mediante la escritura número 2241 de 17 de octubre de 1949, de la Notaría 2a de Cali, por haberse efectuado en época de perturbación del orden público que dió lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior y

haber mediado fuerza o violencia que vicíó el consentimiento del vendedor, factores que aprovechó el adquirente, y se condenase a éste a la restitución del predio con sus frutos.

Luego, el recurrente entra a plantear la impugnación, según el texto que a continuación se transcribe:

"CAPITULO UNICO.— Invoco la causal primera de casación consagrada en el art. 520 del C. J. y en el art. 52 del Decreto 528 de 1964, por los siguientes motivos:

"Primer motivo.— Error evidente de hecho por haber desconocido el Tribunal de modo total la prueba pericial rendida por los señores Luis Carlos Ramírez, Rafael Delgado Reballón como peritos principales y Saulo Padilla Vivas como perito tercero. No se analizó la prueba que demostraba de manera fehaciente el aprovechamiento ilícito. Error que condujo al Tribunal a violar las siguientes disposiciones sustantivas: 716, 717, 721, 722, 723 del C. J., 1508 y sgts. del C. Civil, 593 y 601 del C. J. y el Decreto 201 de 1959.

"En el numeral 5o.— Consideraciones del Tribunal, dice la sentencia acusada: '... Es ciertamente, el experticio la prueba principal en este caso, toda vez que la determinación del precio que tuvo el bien a la fecha de su enajenación, es una de las bases que permite deducir si realmente hubo o no aprovechamiento por parte del comprador de las circunstancias a que antes se hizo mención'.

"No estuvieron acordes los peritos en esta fijación: Ramírez la hace en \$105.000.00; en \$70.000.00 Delgado y Padilla en \$75.000.00'.

"Examinados atentamente los fundamentos de esta valoración se observa que los dictámenes de los dos últimos armonizan mejor que el del primero con ciertos informes allegados al expediente. Así Ramírez solo tuvo en cuenta las escrituras Nos. 191.02 marzo 18 de 1949 y 206 de cinco de mayo de 1950 en las que aparece que la plaza de tierra fue vendida a \$1.000.00 o avaluada en esa suma, sin parar mientes en que de otras se deduce que el precio fue de \$800.00 amén de muchas otras que traen un índice más bajo pero a las que le falta la nota de registro'.

"... En cambio la estimación que hacen Delgado y Padilla se ajusta al precio unitario que señala la mayor parte de los documentos antedichos; concuerda mejor con la circunstancia que destacan numerosos exponentes tocante al estado de absoluto

abandono en que se encontraba la finca cuando fuera negociada por el actor, circunstancia que debía influir sobre el avalúo...'

"Y concluye que no es dable la aplicación del art. 726 del C.J. pues, dice el Tribunal 'ello procedería si el dictamen de Ramírez estuviera bien fundado y ya se vió cómo resulta inaceptable por este aspecto.

"Por qué está mal fundado el dictamen de Ramírez? Por apreciación simple del Tribunal. Entonces, honorable magistrado, para qué existe la norma consagrada en el art. 719, en virtud de la cual se pone en conocimiento de las partes los experticios, para que los peritos, amplien el dictamen, lo corrijan aclaren etc. Y nada de esto se hizo. Claro que el fallador no está obligado a considerar el dictamen pericial como plena prueba pero ha de ser lógico en su valoración de conformidad con los ordenamientos de la sana crítica.

"Que Ramírez, fundamentó su dictamen aparece de autos. El mismo Tribunal lo dice al decir que tuvo en cuenta títulos escriturarios; tuvo en cuenta otras circunstancias y así lo explica. Pero rinde su dictamen de acuerdo con su capacidad para juzgar los hechos y emitir sobre ellos un juicio racional y conciente.

"Que el perito Ramírez, procedió a cumplir su función dentro de los términos prescritos por el art. 716 del C. J. lo demuestra con evidencia la circunstancia de haber procedido a la consulta de títulos, como lo afirma el mismo Tribunal; lo que equivale a decir como lo quiere la precitada norma que expresó con exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y las conclusiones a que llegó.

"De tal manera, es dentro de una sana norma dialéctica concluir que el experticio de Ramírez estuvo fundamentado y llegó a conclusiones exactas y claras derivadas de las premisas que el mismo expuso.

"Entonces, era forzoso para el Tribunal acudir a la norma del C. J. que prescribe que si existe desacuerdo se ha de tomar el medio aritmético.

"El art. 721 del C. J. nos dice que el medio aritmético no se debe tomar cuando 'la diferencia entre los dos extremos exceda del 50o/o'. En el caso de autos, los peritos avaluaron \$105.000.00 y \$70.000.00 y el tercero \$75.000.00. Como usted puede observarlo no excede ninguno de los dos

extremos del cincuenta por ciento. De lo cual resulta que el medio aritmético, sumadas las tres cantidades da un total de \$83.333.33 y la venta fue realizada por \$72.500.00. El aprovechamiento ilícito está patente.

“Tanto mas si se tiene en cuenta que se pagaron de los \$72.500.00, \$22.500.00 a un año sin intereses.

“El estado de violencia, fue aceptado íntegramente por el Tribunal al decir y criticar lo dicho por los exponentes: . . . Cabe deducir: Que en el año de 1949 hubo violencia en el departamento del Valle del Cauca. 2o. Que no hubo ataque personal contra el Dr. Francisco Eladio Ramírez. . . en Roldanillo o corregimientos aledaños, pero sí le quemaron sus bienes. . .”

“Y si esto lo acepta el Tribunal, no es objeto de reforma in pejus. En cuanto al aprovechamiento, la cuestión radica en el análisis de un experticio, que no se hizo conforme lo señala la Corte en auto S.N.G. 17 de marzo de 1948, LXV, 491. Tan lo fundamentó que se basó en títulos escriturarios registrados. Y objeta el Tribunal que no tuvo en cuenta otras escrituras no registradas. Y mal las podría tener en cuenta, como que la propiedad sólo se acredita mediante la escritura pública registrada. De suerte que sí se fundamentó el dictamen y ha debido recurrirse a la norma del art. 721, y proceder a tomar el medio aritmético.

“Y más aprovechamiento ilícito, al pagarse el sobrante en un pagaré a un año sin intereses, cosa que aparece en la respectiva escritura de venta, contra todas las prácticas comerciales.

“Y si se acepta la violencia, es lógico concluir que vició el consentimiento, tanto mas si se tienen en cuenta las circunstancias en que se verificó la negociación.

“Creo haber demostrado el error en que incurrió el Tribunal de Buga al analizar la prueba pericial y apriorísticamente dar por sentada una presunta carencia de fundamentación del experticio, lo que engendra un típico error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, fundamental para desatar la controversia de manera equitativa”.

SE CONSIDERA:

Si el principal objetivo de la casación es el restablecimiento de la ley quebrantada por el

juzgador de instancia (art. 519 (C.J.), restablecimiento a que se subordina el interés privado de los litigantes, no obstante ser este interés el resorte que pone en acción al recurso, ello explica por qué tiene un carácter extraordinario y rigorista, en cuya virtud únicamente puede fundarse en los motivos específicos previstos por la norma, los que el recurrente ha de proponer con sujeción a las pautas formales, para que la Corte pueda entrar en el estudio y despacho de fondo de la acusación.

Vale decir que el recurso no es en modo alguno una nueva instancia a la que, por obra de su simple interposición, pueda ser llevada la Corte para entender en todos los extremos y pormenores del litigio. Sino que su actividad jurisdiccional queda circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante. Por modo que si éste no configura sus cargos, satisfaciendo las exigencias requeridas al efecto por el legislador, ello es como si dejase desierto el recurso, quitando a la Corte la posibilidad de ocuparse en definirlo.

Es así como el artículo 65 del decreto—ley 528 de 1.964 estableció el rito de la calificación previa de la demanda de casación, en orden a determinar si ésta se ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 63 *ibidem*, y de no para que el recurso se declare desierto. Lo que obedece desde luego a un imperativo de economía procesal, que repugna el adelantamiento de trámites encaminados a objetivos frustráneos por no haberse satisfecho los presupuestos indispensables a su prosperidad.

Ahora bien: dispone el artículo 63 del decreto—ley en referencia, a semejanza de lo que dispuso el artículo 531 del C. J., que la demanda de casación, además de contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, debe “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”. Y esto último, tratándose de la causal primera, predica conexión necesaria con la naturaleza de la misma, que consiste precisamente en “*ser la sentencia violatoria de ley sustancial*”. Lo que puede ocurrir: bien por *omisión*, cuando la ley de esta especie se dejó de aplicar al caso del pleito, habiendo debido serlo; o por *aplicación indebida*, cuando se la empleó no

siendo la pertinente al asunto litigado; o por *interpretación errónea*, cuando siendo la adecuada, empero se la entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley (art. 52 ord. fo. dec. cit.).

Sea, pues, que se pretenda acusar por violación de ley sustancial en vía directa, esto es sin que medie reparo alguno sobre la ponderación de los medios, estando el recurrente conforme con la concepción que de los hechos tuvo el Tribunal, o por infracción indirecta de esa ley, es decir por atribuirse su quebranto a error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de determinada prueba, en todo caso obligado está el impugnante a señalar, individualizándolos, cada uno de los textos de derecho sustancial que considere infringidos, indicando también el concepto en que los reputa vulnerados (Cass. 18 febrero 1954, LXXVII, pág. 42; 4 marzo 1955, LXXIX, pág. 696; 19 octubre 1955, LXXXI, pág. 446; 14 abril 1959, XC, pág. 317).

Bien sabido se tiene que sólo es sustancial la norma declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo, en cuya virtud el titular activo de la relación respectiva está investido de poder jurídico para hacer valer la situación a su favor que esa norma consagra; y es así, en orden al reconocimiento, tutela y eficacia de los derechos de tal especie, como se encuentran establecidos los procesos y el sistema probatorio, cuyas reglas en cuanto se limitan a este servicio tienen apenas un carácter instrumental, a diferencia de los preceptos sustanciales que llevan en sí su propio fin, esto es la consagración de los llamados derechos subjetivos.

Por lo mismo, no sirve para montar el recurso de casación en el campo de la causal primera, el sólo desconocimiento por el sentenciador de textos legales que no establezcan derecho alguno sustancial, aunque se encuentren haciendo parte de cualquiera de los códigos sustantivos, ni el mero quebranto de las normas disciplinarias o valorativas de las pruebas.

En el presente caso, dejando de lado ciertos notables defectos de técnica en que incurre la impugnación, tales como acusar por yerro de hecho en la estimación de una prueba, desarrollando el cargo en función del error de derecho en su valoración, lo cual es inaceptable, tratándose de dos especies diferentes de error, que no pueden alegarse

como incidencias simultáneas respecto de un mismo medio, ni la una deducirse de la otra; y tomar posiciones contradictorias, como alegar que en un punto de los dictámenes periciales no se cumplió con lo dispuesto en el artículo 719 del C. J., y luego acusar porque el Tribunal no dió a dichos dictámenes el tratamiento que ordena el artículo 721 ibidem, lo que supondría la producción de los mismos arreglada a la ley, es evidente que la demanda de casación no señala como violado ningún precepto de carácter sustancial en razón del cual pudiera franqueársele a la misma camino alguno conducente a su estudio de mérito.

Porque el artículo 1508 del Código Civil, único que de esta obra cita el recurrente, en cuanto apenas se limita a indicar que "los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo", es un texto meramente enunciativo, cuya infracción no serviría por sí sola para legitimar el recurso extraordinario en punto de la causal primera, mientras no repercutiese en el quebranto de otro precepto que sea consagrador de un derecho subjetivo y que por fuerza tendría que señalarse concretamente como vulnerado, indicando el concepto en que lo hubiera sido. En este orden de ideas ha dicho la doctrina jurisprudencial que "los preceptos legales que sólo dan definiciones no son susceptibles de quebranto directo para los fines de la casación porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos..." (Cass. 29 agosto 1947, LXII, 2050/51, pág. 736; 30 septiembre 1955, LXXXI, 2157/58, pág. 216).

Ni sirve para los fines de la acusación, el que el impugnante, luego de citar el artículo 1508, hubiera agregado la locución "y sgts. del C. Civil". Porque, si como ya se dijo, era de su deber indicar con precisión las disposiciones legales que pretendiese fueron violadas por el sentenciador, esa obligación no se cumple haciendo enunciaciones generales que nada concretan como es el caso de la locución que se contempla: *artículos siguientes del Código Civil, o como lo sería la cita de "título o capítulos, sin señalar de un modo concreto el artículo especial que se supone infringido por la sentencia"* (Cas. 29 octubre 1945, LIX, 2025/26/27, pág. 751).

Es que "la acusación se polariza en los artículos de la ley que singularmente se hayan citado como infringidos" (Cas. 28 abril 1961, XCV, pág. 507), sin que la Corte pueda de oficio entrar a indagar cuáles podrían ser las normas a que quiso referirse el recurrente y cuál el sentido en que fueron lesionadas.

Cuanto al decreto 201 de 1959 que cita el recurso, es éste un proveído de derecho administrativo absolutamente extraño al asunto del pleito, como que por él se aprueba otro decreto del Gobernador del Tolima "por el cual se ordena una erogación con cargo a fondos de destinación especial" (Diario Oficial número 29873, pág. 290). Pero, si a lo que el recurrente quiso referirse fué a la ley 201 de 1959, "por la cual se dictan medidas tendientes a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio", que contiene varias determinaciones de derecho sustancial, entonces esa forma de censura es inoperante, en cuanto ciertamente le cae la tacha de imprecisión en la cita de los textos legales, de que se acaba de hablar. Porque no le bastaba al acusador referirse genéricamente a un estatuto legal complejo, sino que le era preciso señalar cuál de los preceptos de ese cuerpo fue el infringido, y en qué concepto: si por falta de aplicación, o por aplicación indebida o por interpretación errónea. Nada de lo cual satisfizo el impugnante.

Finalmente, de los textos del Código Judicial a que el exponente se refiere como

violados por el sentenciador, los artículos 716, 717, 719, 721, 722 y 723 tratan de la forma de elaboración, presentación y trámite de la prueba pericial y del valor de la misma en las diferentes hipótesis que allí se contemplan; y los artículos 593 y 601 establecen sabios criterios que deben seguir los jueces para la decisión de los litigios y apreciación de las pruebas. Pero, conforme a lo dicho atrás, ninguno de esos textos consagra derechos subjetivos en concreto y, por lo tanto, su quebranto por el sentenciador no podría estructurar cargo formal en casación por la causal primera, si no se articulase al mismo tiempo la consecucional violación de preceptos sustanciales, de imprescindible determinación. Lo que se repite—no fué hecho en el caso.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, por cuanto la demanda de casación presentada en este negocio no reúne los requisitos legales, declara DESIERTO el recurso de que se trata. Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CASACION

Acusación por error en la apreciación de contratos.— Cuándo incurre el fallador en error de hecho.

1.— *Repetida es la doctrina de la Corte de que el fallador de segunda instancia incurre en error de hecho cuando no ha visto en el expediente una prueba demostrativa de la existencia de un hecho de trascendencia en la resolución del pleito, o ha admitido un hecho de la misma naturaleza con base en un medio que no obra en el proceso.*

2.— *La doctrina de la Corte sobre la acusación de los fallos en el recurso extraordinario por error en la apreciación de los contratos, ha sido que "es motivo de casación con base en el inciso primero del artículo 520 del C. J. cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inciso del ordinal 2º del citado artículo, cuando la interpretación ha sido la consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico (G. J. T. 79 pág. 797).*

En fallo de 23 de febrero de 1961, la Corte ratificó y amplió la doctrina anterior en cuanto consideró que el recurso de casación es viable, con fundamento en el inciso 1º del artículo 520 del C. Judicial. Al respecto puede verse la Gaceta Judicial Tomo 94, Nos. 2235 y 2236, pág. 552).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Axel Emil Klock siguió en el Juzgado 80 Civil del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra Eduardo Cárdenas Dueñas con el fin de obtener estas declaraciones:

I) — Que se resuelva "el contrato contenido en el documento privado, suscrito el 17 de agosto de 1959 por Axel Emil Klock y Eduardo Cárdenas Dueñas, debido al incumplimiento de este consistente en no haberle entregado a Klock . . . la suma de diez

mil pesos (\$10.000,00) correspondientes a la terminación de la placa del segundo piso de la estructura de concreto, según lo estipulado en la cláusula tercera" del citado contrato.

II) — Que el demandado Cárdenas Dueñas es responsable de los perjuicios que haya sufrido Axel Emil Klock "como consecuencia de la resolución judicial del contrato que se declara en esta sentencia. . . cuyo monto se fijará por los trámites del Capítulo I del Título XV del Libro II del C.J."

III) — Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio.

La razón de las súplicas la expone el libelo en la relación de hechos que se resume así:

Axel Emil Klock perfeccionó con Eduardo Cárdenas Dueñas un contrato el 17 de agosto de 1959, por el cual el primero se comprometió a construirle al segundo una estructura en concreto armado en el lote de terreno número 43—20 de la Avenida 22 de esta ciudad.

Según la cláusula tercera, Cárdenas Dueñas iría pagando a Klock el precio convenido a medida que fueran avanzando los trabajos.

El actor recibió al firmarse el contrato, el anticipo de \$10.000,00; la cantidad de \$10.000,00 que el demandado debía recibir simultáneamente con la terminación de los cimientos, de acuerdo con la misma cláusula tercera del contrato, la pagó el demandado tardíamente en dos contados de \$5.000,00 cada uno el 29 de agosto y el 5 de septiembre de 1959. Este incumplimiento de Cárdenas Dueñas afectó la ejecución del contrato, cuya terminación estaba prevista para cuarenta y cinco días después de firmado el contrato.

El 24 de septiembre de 1959 quedó terminada la placa del segundo piso de la estructura contratada. El demandado se negó a pagar la cuota de \$10.000,00 a que estaba obligado cuando se terminara la construcción

de esta placa.

Este incumplimiento del demandado trajo como consecuencia la paralización de los trabajos de la construcción de la estructura, el descrédito comercial y profesional del actor y la desorganización de sus negocios.

El demandado se dedica a la construcción de edificios y casas para la venta, por lo tanto, está en capacidad de continuar él mismo la dirección y construcción de la estructura, objeto del contrato con Kločk, y es persona solvente que mantiene en los bancos de la ciudad dinero suficiente para atender al pago de las cuotas a que se obligó con el actor.

“El demandado ha incurrido en culpa lata o civil contractual y, por consiguiente, ha causado daños previstos o imprevistos al demandante”.

En este contrato de ejecución escalonada “Las cuotas del precio debían pagarse a medida que se iban entregando las distintas unidades de la estructura”.

El apoderado del demandado contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones formuladas en él y negando los hechos fundamentales.

El Juzgado, en sentencia de treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y uno, negó las peticiones de la demanda, absolvió en consecuencia, al demandado de los cargos hechos en su contra, y condenó al actor en costas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la apelación de la parte desfavorecida, confirmó la decisión de primer grado, en sentencia de once de agosto de mil novecientos sesenta y dos.

Motivación del fallo del Tribunal

Considera el Tribunal que la pretensión del actor es la de que se declare resuelto el contrato extendido en el documento privado de 17 de agosto de 1959 a que se refieren los antecedentes del litigio, “por haber incumplido el demandado las obligaciones asumidas en la cláusula tercera de ese convenio”. Es decir, que la norma cuya aplicación se plantea es la contenida en el artículo 1546 del Código Civil.

Estudia las reglas que, según la doctrina y la jurisprudencia, gobiernan los contratos sinalagmáticos en cuanto a la correlación o reciprocidad de las obligaciones surgidas de ellos.

Pasa luego a considerar los elementos que

configuran la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 citado, que son: a)— la existencia del contrato bilateral, cuya resolución se impetra, acordado entre las partes; b)— cumplimiento del demandante o allanamiento a cumplir las obligaciones “anteriores o simultáneas de las que se afirma incumplió el demandado; c)— incumplimiento por parte de este último de todas o de una cualquiera de las obligaciones que le imponía el contrato”.

El primer extremo lo encuentra plenamente demostrado con el documento suscrito por actor y demandado el 17 de agosto de 1959, reconocido expresamente por estos.

Sobre los otros dos elementos, expone el Tribunal, en síntesis:

De acuerdo con la cláusula tercera del contrato, el orden en que las partes debían cumplir sus obligaciones era: a)— el 17 de agosto de 1959 Cárdenas Dueñas debería darle un anticipo de \$10.000,00 al contratista Kločk; b)— este había de realizar la cimentación en la forma estipulada en la cláusula primera del contrato; c)— al terminar los cimientos el contratista, Cárdenas Dueñas le abonaría una cuota de \$10.000,00; d)— Kločk construiría la placa del segundo piso; e)— terminada esta, Cárdenas le daría al contratista una tercera cuota de \$10.000,00.

Consta que Cárdenas pagó oportunamente la segunda cuota, una vez terminados los cimientos, según recibo de fecha 9 de agosto de 1959.

Sobre el no pago de la tercera cuota, hecho aceptado por el demandado, expone el Tribunal: “De los términos en que se halla concebida la cláusula tercera del contrato de construcción se desprende de manera meridiana que la obligación de Cárdenas de pagar esa tercera cuota sólo surgía al terminar el contratista la placa del segundo piso, y, por ende, que para que pueda considerarse al demandado en mora de cumplir esa obligación se requiere la demostración plena de que el actor cumplió cabalmente con la que tenía de terminar la placa del segundo piso”.

Según las pruebas aportadas por ambas partes, “el demandante no cumplió cabalmente con la obligación de entregar terminada la placa del segundo piso, circunstancia que lo inhabilita para pedir la resolución del contrato celebrado con el demandado con fundamento en el no pago de esa tercera cuota”.

Transcribe luego la parte fundamental del dictamen rendido por los Ingenieros Alvaro Nivia y Hernando Bazzani, quienes conceptúan que la placa de concreto reforzado que forma el segundo piso de la construcción a que nos referimos, no está totalmente terminada. "Para considerarla terminada sería necesario fundir una pequeña superficie de concreto en la cara superior de dicha placa, y recubrir también los refuerzos de algunas vigas en su cara inferior".

Del experticio que dieron Hugo Romanowsky y el arquitecto Jaime Beltrán Herrera copia lo referente a que los refuerzos de acero de las vigas y viguetillas quedaron al descubierto, y expresa: "Estos dictámenes periciales por haber sido rendidos en forma uniforme por los expertos, hallarse explicados y debidamente fundamentados, y por la forma clara como los peritos exponen sus conceptos, constituyen plena prueba al tenor del artículo 722 del C. J."

Anota que estas conclusiones de los peritos se hallan reforzadas con el propio dicho del demandante contratista en la respuesta a las posiciones, novena, en que acepta que las obras iniciadas quedaron con defectos de construcción, y quince, en la cual reconoce que dejó al descubierto gran parte de los refuerzos de hierro.

Concluye así que, no habiendo cumplido el actor con la obligación de entregar terminada la placa del segundo piso, no podía exigir del demandado el pago de la tercera cuota por \$10.000,00; ni pedir la resolución del contrato por el no pago de esa cuota, pues es de rigurosa aplicación al caso el artículo 1609 del C. Civil.

La parte actora trajo el negocio a la Corte en recurso extraordinario de casación, en cuya demanda formula un cargo por error de hecho en la apreciación de varias pruebas; otro, por "error jurídico en la interpretación del contrato", y el tercero, por violación directa de normas sustantivas.

La parte opositora presentó oportunamente la réplica a la demanda de casación.

Primer cargo

Con respaldo en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente presenta la primera censura con base en "apreciación errónea y falta de apreciación de determinados medios de prueba".

Por estos errores, estima que fueron infringidos los artículos 1546, 2056, 1o. 1613, 1615, 1616, 1617, 1494, 1603, 2052, 2057, 3a. y 4a, 2061 del Código Civil.

El primer yerro lo encuentra en la apreciación de los dictámenes periciales. El concepto de esta infracción lo desarrolla con los razonamientos que en lo fundamental expresan:

La sentencia acepta que los dictámenes periciales son plena prueba de que la placa del segundo piso de la estructura no estaba terminada, pero ocurre que "sí estaba construída", porque de otra manera los peritos no habrían podido dictaminar sobre ella. Por lo mismo, tales dictámenes "son plena prueba de que la placa del segundo piso sí estaba construída", ya que desde el 29 de agosto hasta el 24 de septiembre de 1959 se trabajó en su hechura, por lo cual no era el caso de decir que no estaba terminada o construída, pues tenía todos los elementos para su construcción. Comete error manifiesto la sentencia en la apreciación de la prueba pericial, al decir lo contrario, porque la "terminación propiamente dicha" no se predicaba sino de la obra en su totalidad no de cualquiera de sus partes, pues si se especificaron en el contrato partes de la obra, fue con el fin exclusivo de señalar los períodos del pago a que se obligó el propietario de la obra", pero no con la intención de que la obra fuera aprobada y entregada por partes acabadas". En ninguna parte del contrato se estipuló que la obra fuera aprobada, por partes. Al contrario, en la cláusula cuarta se pactó "la liquidación definitiva para cuando se terminara la obra y estuviera habilitada para la entrega al propietario". La palabra terminación aquí se empleó en el sentido de poner términos, señales o linderos o etapas a las diversas partes de la estructura, de modo que al llegar el contratista a cada una de ellas, el propietario le cancelara las cuotas de dinero a que se obligó en la cláusula tercera. Así, concluidos los cimientos, debía pagarle el propietario \$10.000.00; al terminar cada una de las placas del segundo y tercer piso, diez mil pesos; y al terminar las vigas y columnas para el techo, cinco mil pesos.

Vistas así las cosas, y la cantidad de trabajo que debió realizar el contratista, no podía suspender la obra, sino que debía impulsar las excavaciones, cimentación, columnas, placas y

vigas hasta su completa terminación, sin que hubiera de aprobarse por partes, "porque sería un absurdo", dado que en la continuidad de los trabajos obra el criterio directivo del contratista que responde de toda obra.

Para el impugnante la prueba pericial fue mal apreciada en cuanto se le tuvo como demostrativa de que la placa del segundo piso no estaba terminada, desconociendo toda la obra que el contratista había realizado en casi un mes de trabajo. Y atribuye este error, repitiendo lo antes dicho, a que se entendió que la terminación de la placa del segundo piso era "definitiva y completa, y que debía estar lista para la entrega, como si los contratos de esta clase fueran para cumplirse por partes acabadas y perfectas". Ningún ingeniero constructor se obliga a levantar un solo piso para una edificación de varios cimientos para la obra completa, ni ningún propietario hace los gastos de cimentación de un edificio de varios pisos para aceptar que solo se le construya uno.

Anota que los mismos peritos dicen que los desperfectos observados por ellos son subsanables, y que la placa del segundo piso, salvo estos desperfectos de fácil arreglo, "se ajusta a las exigencias de la obra, puesto que se ciñe a los planos estructurales".

"Fue un dictamen prematuro". Bastaba con la inspección ocular practicada con asistencia de testigos actuarios; con la confesión del demandado de que la placa estaba terminada o construida, y con las afirmaciones de los testigos Rodrigo Augusto Florez D. y José Roberto Castilblanco, ya que todos estos medios llevan a la conclusión de que la placa estaba terminada.

Este error de hecho de trascendencia definitiva en la parte resolutive de la sentencia, llevó a la infracción indirecta de todas las normas sustantivas citadas.

Finalmente, reproduce la pregunta octava de las posiciones absurdas por el demandado, que busca diga si la cuenta por \$ 10.000,00 se la llevó en la fecha anotada un empleado del doctor Klock, y la respuesta que dice: "Es cierto ya hice mención de que ese joven me la presentó y yo le contesté que esa cantidad de dinero no se la podía dar a él porque con él no tenía yo ningún trato".

Y como demostración de la tacha comenta: "Todo esto indica que el propietario de la obra sabía que el contratista estaba

cumplíendole el contrato, y que la segunda etapa de la construcción estaba terminada, pero no quiso pagar a pesar de tener dinero, como lo dice él mismo en la respuesta a la pregunta décima tercera. Incumplimiento por culpa grave".

2.— Hubo error de hecho en cuanto los testimonios de Carlos Arturo Flórez, Rodrigo Augusto Flórez y José Roberto Castiblanco no fueron apreciados en la sentencia del Tribunal, los cuales corroboran el error en que incurrió el fallador en la interpretación de la prueba pericial.

"Si se hubieran tenido en cuenta en la sentencia acusada, se hubiera observado fácilmente que esos testimonios son contestes en que la segunda etapa de la construcción estaba concluida o terminada el 24 de septiembre de 1959".

3.— Asimismo cometió error de hecho el sentenciador por no haber apreciado la diligencia de inspección ocular que obra a folios 18, 19 y 20 del cuaderno tercero.

La sentencia no vió esta prueba. De haberla visto, habría encontrado que "la placa del segundo piso estaba terminada o concluida, con una extensión superficial de ciento sesenta y cinco metros cuadrados; que estaba sustentada por diecisiete columnas en concreto reforzado y comunicada con el primer piso por una escalera de diez y seis escalones".

La falta de apreciación de las posiciones absurdas por el demandado, de la prueba testimonial y la diligencia de inspección ocular indicada, llevaron al sentenciador a violar de modo indirecto las disposiciones sustantivas señaladas "puesto que no se accedió a declarar resuelto el contrato, sino que se negaron las peticiones de la demanda, a pesar de estar probado".

La Corte considera:

Repetida es la doctrina de la Corte de que el fallador de segunda instancia incurre en error de hecho cuando no ha visto en el expediente una prueba demostrativa de la existencia de un hecho de trascendencia en la resolución del pleito, o ha admitido un hecho de la misma naturaleza con base en un medio que no obra en el proceso.

En el caso *sub lite* el Tribunal transcribió los puntos fundamentales de los dos conceptos periciales, uno de los cuales concluye en forma categórica que la placa de concreto reforzado que forma el segundo piso

no está totalmente terminada porque hay dos rectángulos de la loza de 1.80 X 1.20 m. y 1.00 X 1.00 m. en los cuales falta fundir concreto de un espesor de cinco centímetros; que en algunas partes de la misma, es notorio un acabado imperfecto que la haría inaceptable, si se dejara tal como está actualmente; que asimismo en la cara superior "se pueden apreciar algunos elementos del agregado de concreto casi sueltos, siendo aconsejable hacer un acabado adicional con mortero de muy buena calidad, en un espesor adecuado para que la superficie quede en buenas condiciones; que los elementos de resistencia, si sometidos a los planos estructurales, "por el acabado defectuoso se hallan algunos hierros de las vigas descubiertos" lo cual afectaría la resistencia de estas, porque la oxidación haría desprender el concreto; y que "Es indispensable a la mayor brevedad recubrir la parte inferior de las vigas y en general de todos los elementos que presentan los hierros descubiertos".

En el otro concepto se afirma también el descubierta de los refuerzos de acero en numerosos elementos estructurales, como viguetillas y vigas, con la consecuencia de la oxidación de las armaduras de acero, lo cual no deja de acarrear perjuicios para el normal funcionamiento de la estructura. Indica asimismo que estas deficiencias se pueden subsanar parcialmente "tratando de soldar o sellar los tramos descubiertos con un mortero fuerte".

Es manifiesto que el sentenciador leyó en los dos conceptos periciales lo que ellos dicen, esto es que la obra realizada por el constructor Klock quedó con defectos de construcción y que la placa del segundo piso no estaba terminada. Lo cual indica que no cometió error de hecho sino debida apreciación de la prueba pericial.

Es cierto que las deficiencias que los peritos Jaime Beltrán Herrera y Hugo Romanowsky anotan a la construcción de la escalera, no las encontraron los peritos Nivia y Bazzani, lo cual se explica por el intervalo de tiempo transcurrido entre la fecha del dictamen rendido por los primeros, 20 de febrero de 1.962, y la del segundo, 5 de julio de 1.962, durante la cual hay que suponer se enmendaron los reparos. Por lo demás, este detalle no desvirtúa el punto fundamental que es el de no haber terminado la placa, y las deficiencias en la estructura, en que

conviniere las dos pericias.

El punto de vista en que se coloca el impugnante para demostrar el yerro manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba pericial, que es el de interpretar el contrato en el sentido de que el incumplimiento se predica de toda la obra y no de las partes o etapas en que el mismo acto divide la obra, no tiene asidero, por lo que se dice al estudiar la censura sobre este particular.

Sobre el error de hecho en la apreciación de las respuestas a las preguntas novena y catorce de las posiciones absueltas por el actor, en que confiesa que las obras iniciadas quedaron con defectos de construcción y una parte de los refuerzos de hierro al descubierto, el recurrente se limita solamente a anotar, sin explicar el fundamento respectivo, que sin embargo un mes después de suspendidos los trabajos por falta de pago, el propietario le ofreció al constructor los \$10.000.00 que debía. No dice, empero, en qué consiste el error, ni menos intenta una demostración del mismo, como debe hacerlo en los términos del artículo 520 del C. J. y 52 del Decreto 528 de 1964. La demanda en este punto, más que sustentadora de un recurso de casación, es un alegato de instancia.

Las respuestas que el demandado dió a las preguntas sexta, tercera y octava de las posiciones absueltas por él, son del siguiente tenor, en el mismo orden: "Es cierto (que la placa del segundo piso estaba echada desde el 24 de octubre de 1957) quedaron muy mal ejecutados los trabajos como se puede comprobar, pues inclusive, la escalera está para caerse por falta de las vigas a que antes hice mención". "Es cierto (que el 24 de septiembre de este año le fue presentado al absolvente para el pago el recibo firmado por Klock, correspondiente a la placa de la cuota del segundo piso de la estructura, por valor de \$10.000.00) que ese recibo me fue presentado por un joven y yo le contesté que no podía mandar esa cantidad de dinero con él, más cuando la obra no estaba en estado que permitiera mandarle más dinero al demandante". "Es cierto (que la cuenta de los \$10.000.00 la llevó al absolvente un joven empleado del doctor Klock el 24 de septiembre de 1959) ya hice mención que ese joven me la presentó y yo le contesté que esa cantidad de dinero no se la podía entregar a él porque con él no tenía yo ningún contrato".

(Los paréntesis corresponden a lo esencial de las preguntas).

El Censor, por toda demostración de la tacha, se limita a observar que las respuestas indican que "el propietario sabía que el contratista estaba cumpliéndole el contrato, que la segunda etapa de la construcción estaba terminada, pero no quiso pagar a pesar de tener dinero...".

Tampoco cumple el recurrente con el deber de indicar y demostrar el error manifiesto de hecho, que incida en una resolución distinta de la que trae la sentencia acusada, por la violación indirecta de normas sustantivas. Las respuestas, en definitiva, lo único que acreditan es que el demandado aceptó que la placa estaba echada desde el 24 de septiembre, pero agregó que los trabajos habían quedado muy mal ejecutados, es decir, que no estaba terminada; y que el recibo de cobro le fue presentado pero que le observó al cobrador que no podía mandar esa cantidad con él porque la obra presentaba un estado que no permitía anticiparle más dinero al demandante. En una palabra, el reconocimiento o confesión de que la placa del segundo piso estaba echada, lleva la modificación de que estaba mal ejecutada con la cual hay que aceptarla, máxime cuando así lo ha demostrado en el juicio.

Sobre los testimonios rendidos por Carlos Arturo y Rodrigo Augusto Flórez y Roberto Castéblanco, quienes declaran constarles que la plancha del segundo piso quedó concluida el 24 de septiembre de 1954, debe observarse que, determinar si la placa de una estructura para un edificio estaba terminada o no, no es hecho sometido solamente a la apreciación de los sentidos de un simple testigo, sino de índole técnica cuya determinación requiere la intervención de ingenieros constructores o arquitectos, para que mediante examen de la obra, y con sus conocimientos establezcan si la placa estaba o no terminada. Por esta razón el fallador no podía acoger el dicho de los testigos a que se refiere el cargo, sin que por ello incurriera en el error de hecho que se le imputa.

La inspección ocular practicada por Juez comisionado con asistencia de testigos actuarios para verificar el estado actual de la construcción o estructura, da cuenta de que está levantada en cemento armado con plataforma de bloques prefabricados en escoria para placa aligerada, recubierta de

cemento en su totalidad, la cual está sostenida por 17 columnas; que la planta está provista de tuberías de metal y *eternit* para las correspondientes instalaciones eléctricas, sanitarias y de acueducto; que la plancha corresponde al segundo piso de la edificación, y tiene dos claros, uno corresponde a una escalera de cemento armado que tiene 16 escalones y comunica el primero con el segundo piso, y el otro está situado a un lado de la plancha y mide 2 m x 1.47 m; además la plancha tiene 12 salidas para energía.

Aunqu  el apoderado del demandante le pidió al Juez dejara constancia de que "la plancha del segundo piso se halla en realidad echada o completada", el funcionario se limitó a decir que "lo relatado por los señores testigos actuarios se ciñe en todo a la verdad por lo visto en la presente diligencia". El relato de los testigos actuarios se refiere a las anotaciones contenidas en la diligencia de inspección ocular. Las observaciones del Juez y de los testigos, no versados en el arte de la construcción, no permiten inferir que la placa del segundo piso estaba terminada, y por esa razón el propio Juez se abstuvo de dejar la constancia que al respecto le solicitó el apoderado del actor. Por lo mismo, al no apreciar el Tribunal esta diligencia de inspección ocular como medio demostrativo de que la placa del segundo piso de la estructura estaba terminada, no podía incurrir en ningún error.

Segundo cargo.

Lo hace consistir en "una violación directa y específica de la ley sustantiva nacional, que está comprendida en el ordinal 1^o del artículo 520 del Código Judicial".

Estima el acusador infringidos los artículos 1494, 1546, 2056, 2053, 2057, 2060, 2061, 1613 a 1617, 1602 y 1603 del Código Civil.

Concreta la censura en estos términos: "Error jurídico en la interpretación del contrato".

El desarrollo se resume así: Copia el aparte de la sentencia en que, como consecuencia de analizar la cláusula del contrato de construcción conforme a la cual la obligación de Cárdenas de pagar la tercera cuota solo surgía cuando el contratista hubiera terminado la placa del segundo piso, y hubiera, además, demostrado plenamente que

la tenía terminada, y de estudiar la prueba pericial, dice el Tribunal que, no habiendo demostrado el actor la obligación de entregar terminada la placa del segundo piso, no podía exigir del demandado el pago de la tercera cuota de \$ 10.000,00 ni demandar válidamente la resolución del contrato por ser de rigurosa aplicación el artículo 1609 del C. Civil.

Estima el recurrente errónea esta aserción, porque en el contrato *no se estipuló* que la obra debía ser aprobada por partes. El Tribunal entendió que estaba incorporado, expresado en el contrato el artículo 2058 del Código Civil, que permite hacer parcialmente "el reconocimiento cuando se ha convenido en que la obra se apruebe por partes". Pero esto no se dijo, sino todo lo contrario, pues en la cláusula tercera se estipuló que el valor del contrato "es fijo e invariable" es decir, que se fijó un precio por toda la obra, y cuando así se hace resulta que el edificio, mientras se está construyendo, no puede apróbarse por partes, "como lo dice claramente el artículo 2060 inciso 1º regla 4a. la cual es aplicable a los arquitectos y da a entender que al ajustarse un precio único por toda la obra esta no puede recibirse por partes". Por lo mismo, prosigue el recurrente no ha debido tenerse la placa del segundo piso como desaprobada o no terminada de modo parcial sino verse el cumplimiento del contratista en los trabajos realizados hasta la construcción de esa placa, y el incumplimiento del propietario con el no pago culposo de su obligación.

"No se discute la existencia del contrato porque está contenido en documento debidamente reconocido por las partes contratantes y como prueba fue valorado en la sentencia, sino que se le hicieron *producir efectos que no tiene* tratándose de un contrato de construcción de edificios por un precio único para toda la obra, cuya aprobación o improbación no podía venir sino cuando toda la obra estuviera terminada". De esta manera el error de derecho o error jurídico en la interpretación del contrato infringió directamente los artículos 2060, 2061, 2053, 2057, 1494, 1602 y 1603 del C. C. y por consecuencia del mismo error, dejaron de aplicarse los artículos 1546, 2056, 1613, 1614, 1615, 1616 y 1617 *ibidem*, por haberse negado la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, "todo ello porque *se interpretó* que la obra podía ser

aprobada por partes, sin cláusula expresa a ese efecto, como está previsto en el artículo 2058 del Código Civil, en caso de que los contratantes quieran así estipularlo. Es todo lo contrario: en los contratos para la construcción de edificios la obra contratada no puede aprobarse o improbarse, sino una vez concluída". El Tribunal consideró que el contratista no había cumplido con su obligación de entregar terminada la placa del segundo piso, porque *interpretó* el contrato entendiendo que la palabra "terminación" que en él se emplea para señalar etapas de la construcción, significaba que estuvieran estas listas para la entrega al propietario de la obra.

La Corte considera:

La tacha por error jurídico o violación directa de normas sustanciales la dirige el recurrente contra el paso de la sentencia en que el Tribunal concluye que el demandante, en razón de no haber cumplido con la obligación de entregar terminada la placa del segundo piso, no podía exigir del demandado el pago de la tercera cuota de \$ 10.000.00 ni demandar válidamente la resolución del contrato por el no pago de esa cuota, en aplicación del artículo 1609 del C. Civil.

Esta deducción la hace el fallo de la apreciación de la tercera cláusula del contrato conforme a la cual "la obligación de Cárdenas de pagar la tercera cuota surgía al terminar el contratista la placa del segundo piso"; y de la prueba pericial, según la cual, la placa no estaba terminada.

El recurrente estima errónea esta apreciación del Tribunal, porque en el contrato no se estipuló que la obra debía ser aprobada por partes, ni en él estaba incorporado, como lo entendió el fallador, el artículo 2058 del Código Civil, que permite el reconocimiento parcial, cuando se ha convenido que la obra se apruebe por partes; y porque se dijo en el contrato que el precio de la obra "es fijo e invariable", estipulación que no autoriza, mientras se está construyendo el edificio, su aprobación por partes al tenor del artículo 2060. Luego agrega que se negó la resolución del contrato porque se interpretó en el sentido de que la obra podía ser aprobada por partes sin que existiera cláusula expresa al respecto. Debe anotarse que la acusación estima errónea las apreciaciones de hecho por el Tribunal de que la obra debía ser aprobada por partes sin que existiera cláusula expresa en particular.

La doctrina de la Corte sobre la acusación de los fallos en el recurso extraordinario por error en la apreciación de los contratos, ha sido que "es motivo de casación con base en el inciso primero del artículo 520 del C. J. cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inciso del ordinal lo. del citado artículo, cuando la interpretación ha sido la consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico. (G.J.T. 79 pág. 797).

En fallo de 23 de febrero de 1961, la Corte ratificó y amplió la doctrina anterior en cuanto consideró que el recurso de casación es viable, con fundamento en el inciso lo. del artículo 520 del C. Judicial: "lo.— Por error jurídico: a)— Cuando hay violación directa de la ley del contrato frente a los preceptos que regulan su naturaleza y sus efectos. b)— Cuando la infracción se produce por consecuencias del quebranto de las normas de herménutica contractual. Estos dos supuestos están comprendidos en el inciso primero del ordinal primero del art. 520 del C. Judicial.— 2o. — Cuando hay violación indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto de hecho en el campo probatorio.— 3o.— Cuando se infringe también indirectamente una disposición sustancial por causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas al proceso. Estos dos últimos casos se rigen por el inciso segundo ordinal primero del citado artículo 520".— (G.J.T. 94 pág. 552.— Vide No. 2235 y 2236 pág. 552).

Ahora bien, tanto respecto de los contratos como de las demás fuentes de obligaciones, las tachas por violación directa de la ley sustantiva parten de la aceptación que el fallador de segunda instancia ha hecho de las cuestiones de hecho o de la apreciación de las pruebas sobre ellos aportadas al proceso. El examen de la acusación por violación directa o error jurídico en la interpretación de un contrato se origina en la estimación que el sentenciador hace de los hechos o de lo que rezan las cláusulas del mismo y del mérito que le dió al documento, escritura o medios de juicio que acreditan el contrato. Aceptada la cuestión de hecho, procede sobre ella examinar el error jurídico en que se dice

incurrió el sentenciador en la aplicación indebida, en la falta de aplicación o en la equivocada interpretación de los preceptos que gobiernan la naturaleza o los efectos jurídicos.

En el cargo que se estudia el error jurídico o violación directa de las disposiciones sustantivas citadas, revestiría ese carácter, si el recurrente aceptara el hecho de que conforme a la cláusula tercera del contrato de construcción la obligación de pagar de Cárdenas la tercera cuota solo surgía cuando el contratista hubiera terminado la placa del segundo piso. Pero, pretender que en el contrato no se hizo esta estipulación, que hay una cláusula de precio fijo que no permite la aprobación por partes, es invocar hechos o estipulaciones que el fallador no tuvo en cuenta en la sentencia, lo cual llevaría a acusarla por error de hecho en la estimación del contrato en cuanto el fallador vió una estipulación que no obra en él, y dejó de leer otras que sí contiene, las cuales, en concepto del mismo recurrente, serían la prueba para examinar la indebida aplicación de las normas infringidas por el sentenciador y la falta de aplicación de las que el impugnante estima pertinentes.

La deficiencia de técnica en la presentación del cargo basado en hechos que dice contiene el contrato pero que el sentenciador no vió, y no en las estipulaciones acogidas por este, lleva a rechazarlo, porque en estas condiciones se trataría de un error de hecho en la apreciación del contrato pero no de un error jurídico o violación directa de disposiciones sustanciales.

Tercer cargo.— Lo funda en violación directa de los artículos 1609, 1546, 2056 y 1617 del Código Civil.

Desarrolla la acusación con razonamientos que se compendian así:

La sentencia dice que el artículo 1609 es de rigurosa aplicación al caso del pleito.

Para que haya mora se requiere que haya retardo culpable del deudor; que haya interpelación por parte del acreedor, y que este haya cumplido su obligación, o que se allane a cumplirla. Está probado que el dueño de la construcción quedó incurso en mora de pagar la cuota de \$ 10.000.00, a que se obligó en la cláusula tercera del contrato, que dió

lugar a la demanda de resolución de este con indemnización de perjuicios. Las pruebas demuestran que la segunda etapa de la construcción estaba concluida; que el contratista estaba cumpliendo con su obligación de levantar la estructura, y que el propietario de la obra no cumplió con el pago de la cuota correspondiente. Y si está acreditado este incumplimiento, ha debido declararse resuelto el contrato y no aplicar el artículo 1609 del Código Civil para negar la resolución, "porque se aplicó sobre una base que no existe, como lo es la falta de cumplimiento del contratista, quien, por lo menos, sí estaba allanado al cumplimiento". "Basta ver el artículo 2056 que no habla de mora sino de simple retardo, cuando se trata de la confección de un edificio, que tiene implicaciones de orden público".

Vuelve nuevamente el censor a insistir en que "se infringieron por vía directa a que se refiere el ordinal lo. del artículo 520 del C. J. "los artículos 1609, los demás citados, y también los que se refieren a la confección de obras materiales, como son, 21, 2053, 21, 2056, 2057, 2060 inciso 1o. reglas 3a. y 4a.; y el 2061 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal admitió que el actor contratista no había cumplido su obligación de entregar terminada la segunda plancha de la estructura; que como la prestación a cargo del propietario de pagar \$10.000.00 de que trata la cláusula tercera del contrato, solo surgía al terminar el contratista dicha placa, no se puede considerar al demandado en mora de cumplir su obligación, precisamente por estar demostrado que Axel Emil Klock no cumplió con la terminación de aquella placa, y ser esta la situación que contempla el artículo 1609 del Código Civil, conforme al cual "ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempos debidos", circunstancia que impide la prosperidad de la acción resolutoria, que

como uno de sus elementos esenciales requiere que quien la inicie haya cumplido con sus obligaciones o se haya allanado a cumplirlas.

El recurrente considera indebidamente aplicado el artículo 1609 citado, porque, dice, está demostrado que el contratista cumplió con la obligación de concluir la segunda etapa, y que el propietario no pagó los \$10.000.00 a que se había obligado. Es decir, que se coloca en una situación de hecho diferente de la acogida por el sentenciador, la que le habría servido para acusar la sentencia por error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, que, en concepto del recurrente, establecen hechos contrarios de los que halló el sentenciador. Pero el planteamiento de la censura por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de la ley sustancial, colocándose en hechos contrarios o diferentes de los aceptados por el sentenciador, constituyen un error de técnica que no permiten el examen a fondo del cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *NO CASA* la sentencia de fecha once de agosto de mil novecientos sesenta y dos proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Axel Emil Klock contra Eduardo Cárdenas Dueñas.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial. Entre líneas "un contrato de" Vale.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.



ERROR DE HECHO

Cuándo tiene ocurrencia.— Error de derecho

1.— Hay manifiesto error de hecho cuando el fallador tiene por demostrado un hecho respecto del cual no hay prueba alguna en el proceso; y también cuando existiendo la prueba, no se le toma en cuenta, no obstante que el medio probatorio demuestra evidentemente la existencia del hecho.

2.— Si algún reparo le merecían al recurrente las conclusiones a que llegó el Tribunal en el análisis de los elementos probatorios aportados por las partes, ha debido atacar la sentencia con fundamento en error de derecho en la apreciación de las pruebas, por yerro de valoración, debido a la estimación de los elementos de juicio en desacuerdo con las normas de la ley constitutiva de la tarifa legal. No con base en un error de hecho alegando que el sentenciador no tuvo en cuenta determinados medios probatorios, cuando está patente que sí fueron analizados en el fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, abril veintidos de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Agotado el trámite correspondiente, se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en este juicio, en relación con la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 27 de julio de 1.964.

— I —

EL JUICIO.

1.— Nemesio López contrajo matrimonio católico en el municipio de El Colegio, Departamento de Cundinamarca, el 30 de enero de 1.945, con Delfina Salinas, de cuya unión no hubo descendencia.

2.— El 2 de abril de 1.957 Nemesio otorgó testamento abierto en Tccaima, ante Notario

y tres testigos, instituyendo como heredera única de todos sus bienes a su esposa, señora Delfina Salina de López, a quien de igual modo nombró como albacea con tenencia y administración de bienes.

3.— El 8 de septiembre de 1.957 murió el testador, y su esposa inició el juicio de sucesión correspondiente, ante el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa.

4.— Tiempo después, el 24 de octubre de 1.958, los señores Canuto López Sánchez, Hipólito López Ragua y Jorge Enrique López Soto, todos mayores y vecinos del Municipio de El Colegio, los dos primeros como hermanos legítimos del causante y el tercero como sobrino del mismo, en representación de su padre Sergio López, demandaron a la cónyuge sobreviviente, señora Delfina Salinas de López, vecina de Anapoima, para que, con su citación y audiencia, en su doble condición de heredera testamentaria y de albacea con tenencia y administración de bienes en la sucesión de su esposo, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.— Que se declare nulo y sin ningún valor el testamento que aparece en la escritura número doscientos siete (207) de dos (2) de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1.957) de la Notaría de Tccaima, como otorgado por el señor Nemesio López Ragua;

“SEGUNDA.— Que como consecuencia de esa declaración se ordene a los correspondientes funcionarios la cancelación de la mencionada escritura y de su correspondiente registro;

“TERCERA.— Que como consecuencia de la declaración de nulidad del expresado testamento se declare también sin ningún valor el juicio de sucesión del Sr. Nemesio López Ragua, tramitado conforme a las disposiciones de dicho testamento, o cuando menos que se declare sin ningún valor ni

efecto alguno el reconocimiento que se hace a la señora Delfina Salinas vda. de López tanto de heredera universal como de albacea testamentaria con tenencia de bienes, o de cualesquiera otro derecho que se haya reconocido, con base en el referido testamento;

“CUARTA.— Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene tramitar el juicio de sucesión de Nemesio López conforme a las reglas de la sucesión intestada;

“QUINTA.— Que se reconozca a mis mandantes Canuto López Sánchez, Hipólito López Ragua y Jorge Enrique López Soto la calidad de herederos universales del señor Nemesio López Ragua, los dos primeros como hermanos legítimos del causante y el tercero por derecho de representación de su padre Sergio López Ragua, al tenor del artículo 21 de la ley 45 de 1.936 y por ende la personería suficiente para intervenir en el juicio de sucesión del mencionado señor Nemesio López Ragua;

“SEXTA.— Que se condene a la señora Delfina Salinas vda. de López a restituir a la sucesión intestada del Sr. Nemesio López Ragua todos los bienes pertenecientes al finado Nemesio López Ragua, junto con sus frutos naturales y civiles tanto percibidos como que se hubieren podido percibir obrando como un buen padre de familia, desde la fecha de su fallecimiento hasta cuando la entrega se verifique;

“SEPTIMA.— Que se declare a la señora Delfina Salinas vda. de López indigna de suceder al difunto Nemesio López Ragua por fuerza y dolo al obtener para sí las disposiciones testamentarias contenidas en la escritura número 207 de dos (2) de abril de 1.957 de la Notaría de Tocaima;

“OCTAVA.— Que se declare a la misma señora Delfina Salinas vda. de López indigna de tener parte alguna en la sucesión de Nemesio López Ragua por culpa grave y dolo en el desempeño del cargo de albacea con tenencia de bienes en la sucesión referida y que como consecuencia de tal declaración se le condene a indemnizar de todo perjuicio a los herederos abintestato y a restituir a los mismos o sea a la sucesión representada por sus herederos todo cuanto haya percibido o pudiere percibir a título de retribución.

“NOVENA.— Que condene a la demandada señora Delfina Salinas vda. de López a pagar los gastos del presente juicio o costas en

general en caso de oposición porque su obrar sería temerario”.

5 — Los hechos en que se apoya la demanda pueden sintetizarse así;

Nemesio López Ragua venía padeciendo de una grave enfermedad desde antes del mes de abril de 1.957, que lo privaba del pleno uso de sus facultades; esto no obstante, su esposa Delfina Salinas de López, lo llevó en forma obligada, ante el Notario de Tocaima, y en asocio de personas que le ayudaban en su empresa, lo indujo a otorgar testamento el 2 de abril de 1.957, el cual quedó protocolizado por escritura número 207 de esa fecha; tal escritura no contiene la verdadera voluntad del causante, de una parte, porque no se hallaba en el pleno uso de sus facultades, y, de otra, porque sus cláusulas o disposiciones testamentarias no fueron redactadas personalmente por el testador; además, dicha escritura no reúne los requisitos solemnes de que tratan los artículos 1068 a 1073 y demás disposiciones concordantes del Código Civil; la misma señora Delfina Salinas de López, en su condición de heredera testamentaria y como albacea con tenencia de bienes, ha obrado con dolo al ocultar valiosos bienes de la sucesión de su esposo.

6 — La demandada contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones y condenas imploradas.

Agotado el trámite del juicio, el Juzgado del conocimiento, o sea el Civil del Circuito de La Mesa, desató el litigio mediante sentencia de 8 de noviembre de 1.960, que denegó las peticiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Esta apeló y el Tribunal Superior de Bogotá al resolver el recurso confirmó en todas sus partes el fallo del Juzgado, mediante la sentencia que es objeto de la impugnación propuesta por la parte demandante.

— II —

EL FALLO ACUSADO.

7 — El Tribunal empieza por advertir que la nulidad de un testamento puede tener como causa o la falta de los requisitos de fondo necesarios para todo acto o declaración de voluntad, o la falta de las formalidades exigidas por la ley para su validez. “Los requisitos de fondo necesarios para la validez del testamento —dice el Tribunal— son los

mismos que la ley requiere para la de cualquier acto o contrato, esto es, que el testador sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio, y que las asignaciones tengan un objeto y una causa lícitos (art. 1.502 C. C.).

“Las formalidades del testamento cuya omisión acarrea su nulidad externa, aluden a los requisitos de forma a que éste debe sujetarse según su clase”.

Como la demanda que sirve de base a este juicio fundamenta la acción en falta de requisitos de fondo y de forma, el Tribunal hace especial referencia a los vicios invocados en el libelo inicial. Analiza la fuerza como vicio del consentimiento y expresa que, a términos del artículo 1.513 del C. Civil, consiste en todo acto que infunde a una persona de sano juicio un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave; agrega que para que la fuerza produzca la nulidad del testamento, es necesario que resulte probado que sin su intervención, sea obra de quien fuere, aquel no se hubiera otorgado, o no se hubiera otorgado en determinado sentido; y que además reuna los otros requisitos que doctrinariamente deben concurrir para que ella vicie el consentimiento de los actos jurídicos en general, esto es, que sea grave en el sentido de ser capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

Hace también un análisis de los requisitos de forma que exige la ley en el testamento abierto ante Notario y tres testigos, para pasar luego al estudio de los elementos probatorios aportados al juicio.

Comenta que dentro del término probatorio en la primera instancia, la parte demandante hizo recibir los testimonios de Luis Alberto Ramírez, Romualdo Díaz, Salvador Villalba, Adolfo Arévalo, Cenón Martínez, Isidro González, Isidro Moreno, Eduardo Vergara, Marcos Gámez y Segundo Acosta, cuyas declaraciones compendia así:

“Los testigos conocieron a los esposos López Salinas, y tuvieron relaciones de amistad con ellos, en virtud de haber residido en el mismo municipio en que aquellos vivieron, aun cuando algunos en ‘veredas’ distintas. Y por tal circunstancia, y por

visitarlos con frecuencia, especialmente en los últimos seis meses anteriores a la muerte de López, pudieron algunos apreciar que éste sufría de ‘una grave enfermedad’ que le producía tan fuertes dolores, que ‘lo ponían fuera de sí’, ‘dando claras manifestaciones de que perdía el uso correcto de sus facultades mentales’, razón por la cual en los últimos meses de su existencia, dejó de administrar personalmente sus bienes. Algunos de los testigos agregaron que la señora de López decía que si su esposo se moría ‘sin asegurarle sus bienes’, ella ‘quedaría en la calle’, y que por tal causa ‘le peleaba con frecuencia’; y otros, los testigos Díaz (f.81), Villalba (f.10), Arévalo (f.11v.) y Moreno (f.15) agregaron que la señora de López tenía a éste ‘constantemente vigilado’ y lo ‘acosaba’ para que le dejara todo sus bienes, lo que pudieron apreciar los testigos, porque así lo oyeron decir, o por lo que la propia señora de López les manifestaba.

“Respecto de la afirmación de que López perdiera el uso de la razón por causa de los dolores que le producía la enfermedad que lo aquejaba, se separó completamente el testigo Cenón Martínez (f.lv.); ‘compadre’ de López, quien afirmó que él, que era su vecino, y que lo acompañó muchas veces en su enfermedad, ‘nunca’ observó que él ‘perdiera el conocimiento’, ni que la Salinas lo estuviera forzando para que le asegurara sus bienes. Que, al contrario, López le instó para que lo llevara a Tocaima para hacer su testamento, a lo cual no pudo acceder el testigo por tener alguna diligencia personal urgente que hacer.

“Los testigos Isidro González y Marcos Gámez (fs. 13 v. y 17), nada declararon respecto de la actitud de la Salinas para con su esposo en punto relacionado con el otorgamiento del testamento; y el testigo Segundo Acosta (f.18), sólo declaró respecto de la enfermedad de López, pero no de los efectos que ésta le ocasionaba sobre su estado mental. Con relación a tal materia se limitó a afirmar que ‘por distintos comentarios’ había sabido que López ‘perdía el conocimiento’ y el uso correcto de sus facultades mentales’, y que cuando podía caminar, ‘iba siempre acompañado de su esposa’”.

Continúa el sentenciador observando que la demandada opuso a las pruebas de la parte actora, la diligencia de inspección ocular que en asocio de peritos se practicó en la Notaría de Tocaima, para establecer las condiciones

formales de la escritura número 207 de 1.957, que recoge el testamento atacado en acción de nulidad, y las circunstancias que rodearon su otorgamiento, "para lo cual fueron recibidas en el mismo acto, las declaraciones del propio Notario, las de los testigos instrumentales señores Lisandro Correal, Luis Antonio Zea y Félix María Benavides, y la del señor José Joaquín Castro Martínez, a quien el testador rogó que firmara por él, por no saber hacerlo".

Hace también referencia a la declaración del doctor Augusto Britton, médico que atendió al causante en su última enfermedad, "quien con base en la historia clínica del paciente, afirmó que en ningún momento tuvo el señor López perturbadas sus facultades mentales, las cuales tuvo perfectas; y que si bien es cierto que el cáncer produce intensos dolores, también lo es que por el lugar en donde lo tenía ubicado el señor López, esos dolores en forma intensa sólo podían presentarse en los últimos días de la enfermedad".

"Prosiguiendo en el análisis de las pruebas dice el Tribunal que quedó establecido que el testamento, desde el punto de vista de su contenido formal, no adolece de irregularidad o deficiencia alguna; y que en cuanto a las circunstancias en que se otorgó, "el Notario que lo autorizó, y los testigos citados están acordes en manifestar que el testador señor López se encontraba aparentemente en perfecto uso de sus facultades mentales, y que la señora Salinas, que lo acompañó a la Notaría y estuvo con él mientras se otorgó el acto, no ejerció presión alguna sobre él para orientar en uno u otro sentido sus disposiciones, en todo lo cual se ratificaron los testigos frente al contra-interrogatorio del apoderado de la parte actora, que asistió a la diligencia".

Luego expresa que de los elementos de juicio aportados, tomados en conjunto, se puede establecer que no está acreditada la causal de invalidez del testamento otorgado por el causante López, y que se apoya en la falta de formalidades en el instrumento que lo contiene; que tampoco adolece el testamento de vicio de nulidad por falta de capacidad del testador, "porque la actora no demostró que éste estuviera efectivamente perturbado de sus facultades mentales en la época en que lo otorgó. Se recuerda que no existiendo decreto de interdicción judicial, esa circunstancia debe

establecerse en forma suficiente y por medios científicos, como el dictamen de peritos médicos que, con base en los antecedentes clínicos del paciente hubieran determinado si la enfermedad que aquejó a López fatalmente lo hubiera privado del uso de la razón, y no por medio de las apreciaciones objetivas de testigos respecto de que los dolores que lo aquejaban 'lo ponían fuera de sí', 'dando claras manifestaciones de que perdía el uso correcto de sus facultades mentales'. Tales apreciaciones, habida consideración de la calidad personal de los testigos, resultan carentes de todo fundamento".

Finalmente, concluye el sentenciador que tampoco está acreditada la causal de nulidad del testamento fundada en la falta de consentimiento del testador, por cuanto la parte actora no demostró "ninguna de las circunstancias que evidenciaran que el señor López cumpliera ese acto en razón del dolo o de la violencia que sobre su persona ejercitó la demandada, como aquella lo afirma en su libelo, ni consecuentemente, el cargo de indignidad que con esa base se le hace a la señora Salinas vda. de López".

— III —

LA IMPUGNACION.

8 — Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J., dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos por error de hecho evidente.

El primero por falta de apreciación de la declaración rendida por el testigo testamentario señor Luis Antonio Zea Sánchez, y el segundo por falta de apreciación de unos indicios.

Para fundar el primer cargo dice la censura que durante el término probatorio y dentro de la práctica de la diligencia de inspección ocular a la Notaría de Tocaima, se recibió la declaración del testigo testamentario señor Luis Antonio Zea Sánchez, quien expresó que no conocía al testador, que fue llamado al acto del otorgamiento cuando había comenzado ya la lectura de la minuta contentiva del testamento; y que no recuerda la presencia de los demás testigos, habiéndose limitado a estampar su firma cuando terminó el acto. "Sin embargo el Tribunal, en el fallo de segunda instancia — expresa el recurrente — ni siquiera menciona declaración tan

importante, como la que rinde un testigo instrumental que desvirtúa por sí mismo la propia calidad que ostenta en la realización del acto solemne"; y concluye que llevado el Tribunal por tan grave omisión, confirió validez al acto testamentario, violando indirectamente los artículos 1.037 del C. Civil, 21 de la ley 36 de 1.945 (sic, debió citarse la ley 45 de 1.936) subrogatorio del artículo 1048 del C. Civil, el segundo inciso de artículo 1064 y los artículos 1070, 1072, 1.074 y 1.083 del mismo estatuto.

Con referencia al segundo cargo anota el impugnante que a solicitud de la parte actora depusieron los señores Luis Alberto Ramírez, Romualdo Díaz, Salvador Villalba, Adolfo Arévalo, Cenón Martínez, Isidro González, Isidro Moreno, Eduardo Vergara, Marcos Gámez y Segundo Acosta, quienes, con excepción de Cenón Martínez, declararon que la señora Delfina Salinas viuda de López y sus dos hijos naturales, mantenían al señor Nemesio López alejado de sus hermanos y sometido a continua y sistemática presión para que otorgara testamento e instituyera a su esposa como heredera universal; que todos dan cuenta de la actitud vigilante de ésta y de que la administración de los bienes del causante estaba intervenida por sus hijos; que bajo la mirada vigilante de su mujer otorgó el testador su testamento; que está igualmente establecido que lo otorgó cuando su organismo se hallaba invadido por un cáncer mortal; que todas estas circunstancias ponen de relieve la capacidad para ser impresionado pasivamente por el ejercicio de una coacción; y que la capacidad activa de ejercer violencia quedó establecida respecto de Julio Alberto Salinas, uno de los hijos naturales de la señora Delfina Salinas, por el auto de proceder mediante el cual fué llamado a juicio por homicidio con características de asesinato.

Concluye que de todos estos indicios se infiere la presión que debió sufrir el señor Nemesio López Ragua, en el seno de su propio hogar, para que otorgara testamento en favor de su esposa; que el Tribunal no tuvo en cuenta esos indicios, cometiendo así un error de hecho evidente, que trajo como consecuencia la violación indirecta, además del artículo 1513 del C. Civil, de las mismas disposiciones citadas en la formulación del primer cargo.

Considera la Corte:

9 — Hay manifiesto error de hecho cuando el fallador tiene por demostrado un hecho respecto del cual no hay prueba alguna en el proceso; y también cuando existiendo la prueba, no se le toma en cuenta, no obstante que el medio probatorio demuestra evidentemente la existencia del hecho.

En el sub-lite los cargos de violación indirecta de la ley se formulan con base en falta de apreciación de determinadas pruebas, pues se argumenta que el Tribunal no las tuvo en cuenta. Concretamente la censura dice que no se apreciaron la declaración del testigo instrumental señor Luis Antonio Zea Sánchez, ni los indicios que se derivan de las declaraciones de los testigos de la parte demandante.

Con relación a la declaración del testigo instrumental Luis Antonio Zea Sánchez, es de anotar que, en verdad, dijo que no conocía al testador, y que fué llamado al acto del otorgamiento cuando la lectura de la minuta ya había comenzado.

El Tribunal no analizó esta declaración, pues apenas se limita a mencionarla. Pero tal declaración es única y no tiene el valor de demeritar lo que consta en el instrumento, mismo, que es público o auténtico, como quiera que se otorgó ante Notario y hace fé por sí mismo. "Así se otorgó el testamento —dice la escritura— y habiéndose leído por el suscrito Notario al testador, en voz alta y en presencia de los testigos expresados, lo aprobó y firmó, con éstos y conmigo el Notario, de todo lo cual doy fé".

Respecto de las declaraciones presentadas por la parte demandante, de donde ésta cree derivar algunos indicios de violencia ejercida sobre el testador, basta leer el fallo acusado para comprender que el sentenciador sí tuvo en cuenta las pruebas a que se refiere el impugnante y que éste dice que no se consideraron. No cabe, por consiguiente, alegar error de hecho evidente por falta de apreciación de las pruebas a que alude el autor del recurso.

El Tribunal estimó en conjunto los elementos de juicio aportados al debate, llegó a la conclusión de que el testamento impugnado había sido otorgado legalmente y que no se había demostrado en debida forma el vicio en el consentimiento del testador, alegado en la demanda como causal de invalidez del acto jurídico. Esa apreciación es respetable para la Corte, porque los cargos

formulados en casación no demuestran los errores manifiestos de hecho en la apreciación de los medios probatorios que se dice no fueron tomados en cuenta.

Si algún reparo le merecían al recurrente las conclusiones a que llegó el Tribunal en el análisis de los elementos probatorios aportados por las partes, ha debido atacar la sentencia con fundamento en error de derecho en la apreciación de las pruebas, por error de valoración, debido a la estimación de los elementos de juicio en desacuerdo con las normas de la ley constitutiva de la tarifa legal. No con base en un error de hecho alegando que el sentenciador no tuvo en cuenta determinados medios probatorios, cuando está patente que sí fueron analizados en el fallo acusado.

En cuanto a que el Tribunal no se refirió al auto de proceder proferido contra el señor Julio Alberto Salinas, por homicidio, prueba con la cual el recurrente dice que ha quedado plenamente demostrada la capacidad activa de ejercer violencia por parte de uno de los hijos de la señora Delfina Salinas viuda de López, contra el testador, es preciso anotar que dicha prueba no fué ni pedida ni decretada en el término probatorio del juicio, pues aparece simplemente agregada al expediente, en la segunda instancia, cumplido el acto de la audiencia.

En tales condiciones era lógico que el Tribunal no la tomara en cuenta.

Se deduce de lo expuesto que no prosperan los cargos formulados.

—IV—

RESOLUCION.

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 27 de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1.964), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente juicio ordinario sobre nulidad de un testamento y otras declaraciones, propuesto por Canuto López y otros contra la señora Delfina Salinas viuda de López.

Las costas del recurso, son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.



DONACION DE BIENES RAICES

Clasificación de este contrato y requisitos exigidos para su validez.— Definición de los contratos reales, solemnes y consensuales.— Indemnización de perjuicios por trabajos públicos.— Deducción por concepto de valorización y monto de ésta.

1.— *La donación, que es un acto por el cual una persona trasfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta, requiere, para su validez, tratándose de bienes raíces, que se otorgue por escritura pública (art. 1457 del C. C.).*

La oferta de donación de un bien raíz y su aceptación, no perfeccionan el contrato de donación, el cual no es simplemente consensual sino solemne, de conformidad con el artículo 1500 del C. C.

Esta disposición clasifica los contratos en reales, solemnes y consensuales. El contrato es real cuando para su perfeccionamiento es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

En los contratos consensuales basta que las partes se pongan de acuerdo en los elementos esenciales del mismo, para que el contrato quede perfeccionado y produzca todos sus efectos civiles. Tal sucede con la compraventa de bienes muebles, en que es suficiente que los contratantes convengan en la cosa objeto de la negociación y su precio, para que el contrato tenga vida jurídica.

En los solemnes, en cambio, no basta el simple consentimiento, pues es necesario que éste se manifieste en las formas previstas por la ley para el perfeccionamiento del acto jurídico. En estos contratos, además del consentimiento de las partes, la ley requiere la observancia de ciertas formalidades, de modo que sin ellas el contrato no produce efectos civiles. Es decir, en los contratos solemnes no se producen los efectos que le son propios, mientras el consentimiento de las partes no se manifieste en la forma o con la solemnidad que la ley exige.

La donación de un bien raíz es un contrato solemne, como ya se dijo, sujeto a la formalidad de la escritura pública, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1457 del C. C., que preceptúa: "No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos".

2.— *El Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, referente a la indemnización por trabajos públicos, consagra las acciones correspondientes. Los artículos 261 a 268 de dicho capítulo, fueron declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, "pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública (G. J. T. LXXX, p. 259).*

La Administración está obligada a indemnizar los perjuicios que cause a particulares con ocasión de la ocupación permanente de la propiedad privada por causa de un trabajo público.

Esa indemnización está representada por el valor de la propiedad correspondiente en la reivindicación a la cosa misma, la cual no es posible restituir in corpore, por su destinación permanente a un servicio público. Puede decirse que el precio del inmueble pasa a ocupar jurídicamente el lugar de éste teniendo derecho el actor a la restitución de tal precio, mas no por el valor actual del terreno, sino por el que tenía al tiempo de la ocupación, de conformidad con el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo. Este artículo ordena que se deduzca la suma que los peritos hayan apreciado por valorización del terreno a causa del trabajo público realizado; y si no se conociese el mayor valor del terreno porque los peritos no han apreciado sino el valor actual de la propiedad, siempre se deducirá un veinte por ciento por mandato de la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D.E., abril veintinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en el

presente juicio, contra la sentencia de 21 de agosto de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

I—

ANTECEDENTES.

a) El señor José Joaquín Acevedo Vanegas, propietario de un lote de terreno urbano en el Municipio de Garagoa, al tener conocimiento de que dicho Municipio pretendía construir una plaza para el mercado público, dirigió una nota al Alcalde y al Personero Municipal en la cual ofrecía ceder gratuitamente la parte de terreno que fuese necesaria para la construcción de la plaza, a cambio de que no se le gravara con impuesto de valorización, y de que el Municipio efectuara prontamente las instalaciones de alcantarillado y luz eléctrica.

b) Las autoridades municipales aceptaron el ofrecimiento y procedieron a ocupar la zona de terreno necesaria, con el consentimiento de su dueño, para el trazado y realización de la obra, la cual se inauguró en diciembre de 1958.

c) Posteriormente, el 17 de septiembre de 1962, Acevedo Vanegas, en calidad de propietario de la faja de terreno ocupada por el Municipio, instauró contra éste un juicio ordinario, en el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa, para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"1a.— Que mi poderdante es el propietario de un lote de terreno, situado en la vereda de 'Resguardo Abajo', jurisdicción de este Municipio de 955 metros cuadrados y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, con la carrera 6a; por el Sur, con plaza de mercado; por el Occidente, con plaza de mercado de Garagoa, y por el Norte, con Candelaria Jiménez y Francisco Valero, Jacobo Acevedo, Santiago Rojas, José Ramón Alfonso, y Moisés Roa, y que forma parte del que reza la escritura número 273 de 20 de mayo de 1946, registrada el 15 de Noviembre de 1946, en el libro número 2, tomo 2, partida 419, folio 101 v. y matriculado con el nombre de 'San Joaquín', libro de Garagoa, tomo 14, número y folio 1o. O en subsidio de la extensión que se pruebe en el juicio.

"2a.— Que como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Garagoa como poseedor material debe restituir a mi

poderdante in corpore, el lote descrito y alinderado en el punto anterior dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo.

"3a.— En subsidio de la petición anterior y para el caso de que el Municipio de Garagoa se haya puesto por su hecho o culpa en imposibilidad de hacer la restitución in corpore, a mi poderdante, por estar convertido el lote en terreno que se reivindica, en un bien de uso público como es la plaza de mercado, se condene al Municipio de Garagoa a pagarle a mi poderdante José Joaquín Acevedo Vanegas, dentro de los tres días de la ejecutoria del fallo la suma de veintiocho mil seiscientos cincuenta pesos (\$28.650.00) como perjuicio del daño emergente, estimando a treinta pesos (\$ 30) el metro cuadrado y como perjuicio del lucro cesante al interés del 10/o mensual sobre la suma de veintiocho mil seiscientos cincuenta pesos (\$28.650.00) desde el 2 de febrero de 1958 hasta que el pago se verifique. En subsidio se condene a pagarle a mi poderdante, los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, que se determinen dentro del juicio o mediante la regulación del artículo 553 del C. J."

d) La parte demandada se opuso a las peticiones imploradas, y reconvino al actor para que en su contra se hiciesen estas declaraciones:

"1a.— Declárase que la parcela o lote de terreno de extensión de novecientos cincuenta y cinco metros cuadrados, situado en la vereda de 'Resguardo Abajo' del Municipio de Garagoa y demarcado 'por el Oriente con la carrera sexta, por el Sur, con la plaza de mercado; por el Occidente, con la misma plaza de mercado de Garagoa y por el Norte, con Candelaria Jiménez (sic) y Francisco Valero, Jacobo Acevedo; Santiago Rojas, José Ramón, Alfonso y Moisés Roa', que reclama José Joaquín Acevedo como de su propiedad, fue donada por éste en forma gratuita y voluntaria en favor del Municipio de Garagoa para que fuera ocupada en su parte por una porción de la plaza de mercado.

"2a.— Como consecuencia de la anterior declaración, se dispone u ordena que el lote de terreno o parcela antes determinada y que reclama José Joaquín Acevedo, es de la exclusiva propiedad del Municipio de Garagoa en forma plena y absoluta por la donación o cesión hecha a título gratuito y voluntario por Acevedo en favor del Municipio y por tanto

este no esta obligado a restituir el lote de terreno ni a indemnizar a aquél su equivalente en dinero, previniéndole para que otorgue la escritura respectiva y en caso de renuencia la otorgará el Juzgado.

“3a.— Inscríbese esta sentencia en el libro correspondiente de la oficina de Registro de este Circuito, tan pronto quede ejecutoriada.

“4a.— El demandante reconvenido, José Joaquín Acevedo pagará al Municipio de Garagoa debidamente representado una vez ejecutoriada esta sentencia las costas y costos del presente juicio”.

e) El Juzgado del conocimiento, estimando que la demanda principal había sido presentada ante Juez incompetente, declaró probadas las excepciones de petición de modo indebido y falta de causa para pedir; a su vez absolvió al Municipio de los cargos de la demanda y ordenó que el demandante otorgase la escritura correspondiente de cesión del lote de terreno al Municipio. Dice así lo resolutivo del fallo del Juzgado:

✓ “*Primero.*— DECLARANSE PROBADAS LAS EXCEPCIONES de petición de modo indebido y falta de causa para pedir propuestas por el Municipio al contestar la demanda de reivindicación entablada por José Acevedo Vanegas, contra el Municipio de Garagoa.

“*Segundo.*— ABSUELVASE AL MUNICIPIO DE GARAGOA de los cargos de la demanda.

✓ “*Tercero.*— ORDENASE dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia al señor José Joaquín Acevedo Vanegas, mayor y vecino de Garagoa, identificado como aparece al pie de su firma, a otorgar al mismo Municipio la escritura de cesión de un lote de terreno, comprendido dentro de los siguientes linderos:

“Por el Oriente con la carrera sexta, por el sur con la plaza de mercado; por el Occidente con la misma plaza de mercado de Garagoa y por el Norte con de Candelaria Jiménez y Francisco Valero, Jacobo Acevedo, Santiago Rojas, José Ramón Alfonso y Moisés Roa”.

✓ “*Cuarto.*— Inscríbese esta sentencia en el libro correspondiente de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

“Costas a cargo del demandante Acevedo Vanegas”.

El Tribunal Superior de Tunja, al resolver la apelación interpuesta contra el fallo de

primera instancia, decidió el pleito así:

“*PRIMERO.*— REVOCANSE los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia de fecha dos (2) de diciembre de mil novecientos sesenta y tres (1963) proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa.

✓ “*SEGUNDO.*— CONFIRMASE el numeral segundo de la misma sentencia.

“Sin costas en la segunda instancia”

Este es el fallo impugnado en casación.

—II—

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA ACUSADA.

Al analizar el Tribunal las acciones incoadas por el demandante, anota que la acción reivindicatoria no es de recibo por tratarse de un bien raíz incorporado definitivamente al patrimonio del Municipio demandado y destinado a un servicio público.

En relación con la acción subsidiaria referente a la indemnización de perjuicios por ocupación permanente de la propiedad privada, observa, rectificando al Juez de primer grado, que la competencia corresponde a la justicia ordinaria según la sentencia de la Corte Suprema, de 20 de junio de 1955, sobre inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la ley 167 de 1941.

✓ Al considerar tal acción, encuentra que el actor presentó como título de dominio la copia de la hijuela de adjudicación del predio de “San Joaquín”, debidamente registrada (escritura de protocolización del juicio sucesorio de Nicasia Vanegas y Jacobo Acevedo); y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Garagoa, en donde consta que el referido inmueble fue adquirido por el causante, según escritura número 238 de 16 de mayo de 1939, y que el registro en cabeza del actor está vigente en lo que resta del citado predio, pues según el mismo certificado, Acevedo Vanegas ha enajenado varios lotes que forman parte del fundo que se le adjudicó.

Dice el fallador: “no se estableció que precisamente ese fuera el terreno (el ocupado por la plaza) que quedara en cabeza del actor una vez delimitados y segregados los lotes que vendió”. Pero agrega: “aparece demostrado que la plaza de mercado se construyó por cuenta del Municipio de Garagoa, con intervención del Personero y Alcalde del mismo, y que el lote a que se refiere la

demanda forma parte de la plaza y fue ocupado al construirla, a sabiendas de que pertenecía al actor". Mas adelante expresa que "de las inspecciones oculares, extrajuicio y dentro del juicio, aparece plenamente demostrado que el inmueble alinderado en la demanda, quedó incorporado dentro de la plaza de mercado hecha por el Municipio de Garagoa. También los distintos peritos que intervinieron fuera y dentro del juicio, estuvieron de acuerdo en este hecho. Queda, por tanto, también demostrado que el referido lote ha venido a ser parte de un bien de uso público, de propiedad del Municipio de Garagoa".

Y continúa el Tribunal: "De lo expuesto aparecería (dentro de la hipótesis planteada) el derecho del actor a pedir la indemnización de los perjuicios por la privación del derecho sobre el lote y del usufructo del mismo"; pero estima, que la ocupación tuvo por causa la oferta hecha por el demandante, de ceder gratuitamente al Municipio la zona ocupada, para que éste construyera la plaza de mercado; que por esta oferta el actor expresó su voluntad de renunciar a la indemnización, cosa permitida por las leyes; y que la oferta y la aceptación forman un acuerdo de voluntades que constituye un verdadero contrato, que tuvo plena ejecución por ambas partes, "debiéndose mantener, para salvaguardar la estabilidad de los mismos y el principio de la igualdad de las partes, que se vería comprometido si se dejara al arbitrio de una tomar sólo lo favorable, desechando lo gravoso".

—III—

LA IMPUGNACIÓN.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal: el primero por violación indirecta de la ley sustantiva, determinada por error de hecho manifiesto al dejar de apreciar algunas pruebas del proceso; y el segundo por violación directa de la ley, por aplicación indebida del artículo 1443 del C. Civil, y por falta de aplicación de los artículos 756, 1457, 1458, 1460 y 1464 del mismo estatuto.

Primer cargo (segundo de la demanda).

Expresa el recurrente que para no acceder a

la tercer súplica de la demanda, referente a indemnización de perjuicios por la ocupación permanente de la propiedad privada, se basó el sentenciador en que el Municipio alega que la privación del derecho del demandante sobre el lote y del usufructo del mismo, tuvo por causa la oferta que éste le hizo de ceder gratuita y voluntariamente la zona; que esta oferta la considera perfecta la sentencia, estimando que el actor renunció en ella a la indemnización y considerando que el contrato tuvo plena ejecución por ambas partes.

“Con esto, dice el recurrente, la sentencia de segunda instancia confunde los efectos de una oferta de donación, que considera perfecta, con los efectos que produciría su cumplimiento. Es decir, le da el valor y le atribuye los efectos y consecuencias del mismo contrato prometido, como si se hubiera celebrado”. “... El objeto de la oferta es el mismo contrato opcional, que ha de celebrarse conforme a las solemnidades legales para que tenga validez, y por ende, adquiera obligatoriedad para las partes. “Este contrato no podía tener plena ejecución, como lo cree el Tribunal, sino una vez transferido el dominio del terreno con las solemnidades de ley, es decir, mediante la inscripción en el registro de la escritura pública. Como ésta no se otorgo, no se puede decir que se dió cumplimiento a la oferta”.

Deduce de aquí el recurrente la violación directa de las disposiciones legales por él citadas.

La Corte considera:

1 — El Tribunal observa que no se estableció que la parte que al actor le quedaba del predio de “San Joaquín”, descontando los lotes por él vendidos, correspondiera precisamente a la zona ocupada, lo cual se explica porque la ocupación no comprende todo lo que del fundo le quedaba al actor, haciendo caso omiso de los lotes enajenados. Pero encontró acreditado el derecho de dominio del demandante en relación con la faja de terreno a que se refiere la demanda, porque halló plenamente demostrado que esa faja estaba ocupada con la plaza de mercado, que lo fué “a sabiendas de que pertenecía al actor”, y que su construcción se hizo por cuenta del Municipio, con intervención del Personero y del Alcalde.

Es decir, el Tribunal estimó debidamente configurados los elementos estructurales de la acción indemnizatoria de perjuicios por

ocupación permanente de la propiedad privada, pero se abstuvo de despachar favorablemente la demanda en atención a la oferta de donación que el demandante le hizo al Municipio, y a la aceptación por parte de éste.

Dicha oferta y su aceptación constituyen para el fallador un contrato perfecto, que debe respetarse y, por ende, no da base para decretar la indemnización de perjuicios que se demanda.

Este punto de vista es equivocado, porque la oferta de donación de un bien raíz y su aceptación, no perfeccionan el contrato de donación, el cual no es simplemente consensual sino solemne, de conformidad con el artículo 1500 del C.C.

Esta disposición clasifica los contratos en reales, solemnes y consensuales. El contrato es real cuando para su perfeccionamiento es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

En los contratos consensuales basta que las partes se pongan de acuerdo en los elementos esenciales del mismo, para que el contrato quede perfeccionado y produzca todos sus efectos civiles. Tal sucede con la compraventa de bienes muebles, en que es suficiente que los contratantes convengan en la cosa objeto de la negociación y su precio, para que el contrato tenga vida jurídica.

En los solemnes, en cambio, no basta el simple consentimiento, pues es necesario que este se manifieste en las formas previstas por la ley para el perfeccionamiento del acto jurídico. En estos contratos, además del consentimiento de las partes, la ley requiere la observancia de ciertas formalidades, de modo que sin ellas el contrato no produce efectos civiles. Es decir, en los contratos solemnes no se producen los efectos que les son propios, mientras el consentimiento de las partes no se manifiesta en la forma o con la solemnidad que la ley exige.

La donación de un bien raíz es un contrato solemne, como ya se dijo, sujeto a la formalidad de la escritura pública, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1457 del C. C., que preceptúa: "No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública inscrita

en el competente registro de instrumentos públicos".

En el sub-lite el demandante ofreció "ceder gratuitamente", es decir, hacer donación al Municipio demandado, de la zona o faja de terreno indispensable para completar el área destinada a la plaza de mercado, y el Municipio aceptó esa oferta.

El Tribunal consideró que el contrato de donación había quedado perfeccionado, como si fuese simplemente consensual. No tuvo en cuenta que la donación, que es un acto por el cual una persona trasfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta, requiere, para su validez, tratándose de bienes raíces, que se otorgue por escritura pública (Art. 1457 citado del C. C.).

Así, pues, para el perfeccionamiento del contrato a que se refería la oferta, era indispensable cumplir con las formalidades legales. Si ellas se hubieran llenado, el Municipio habría pasado a ser dueño del terreno que el demandante ofreció donarle, y habría podido ocuparlo en derecho. Mas no lo hizo así sino que, una vez hecha la oferta por parte del actor, procedió a adelantar los trabajos para la construcción de la obra. En tales condiciones el Municipio quedó como un ocupante de hecho, de modo permanente, de la propiedad privada, y está obligado a la indemnización.

Al darle el Tribunal a la oferta de donación del demandante los efectos de una donación perfecta de bienes raíces, violó directamente el artículo 1443 del C. Civil, por aplicación indebida, y el artículo 1457 del mismo estatuto, por falta de aplicación, como lo estima el recurrente.

En consecuencia, el cargo prospera.

No es necesario, por tanto, entrar en el estudio del otro cargo formulado.

2— Corresponde ahora a la Corte, como Tribunal de instancia, proferir el fallo a que haya lugar, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones.

El Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, referente a la indemnización por trabajos públicos, consagra las acciones correspondientes. Los artículos 261 a 268 de dicho capítulo, fueron declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, "pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por

indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública" (G. J. T. LXXX, p.259).

La Administración está obligada a indemnizar los perjuicios que cause a particulares con ocasión de la ocupación permanente de la propiedad privada por causa de un trabajo público.

Esa indemnización está representada por el valor de la propiedad, correspondiente en la reivindicación a la cosa misma, la cual no es posible restituir in corpore, por su destinación permanente a un servicio público. Puede decirse que el precio del inmueble pasa a ocupar jurídicamente el lugar de éste, teniendo derecho el actor a la restitución de tal precio, más no por el valor actual del terreno, sino por el que tenía al tiempo de la ocupación, de conformidad con el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo. Este artículo ordena que se deduzca la suma que los peritos hayan apreciado por valorización del terreno a causa del trabajo público realizado; y si no se conociese el mayor valor del terreno porque los peritos no han apreciado sino el valor actual de la propiedad, siempre se deducirá un veinte por ciento, por mandato de la ley.

En el caso en estudio el dictamen que debe tomarse en cuenta, en relación con el avalúo del inmueble ocupado, es el practicado dentro del juicio por los peritos señores Habacuc Avila Gómez y José María Cubides, por haber prosperado el incidente de objeciones al experticio de los peritos Benedicto Gómez y Víctor M. Quiñones, y haberse ordenado repetir la prueba con intervención de nuevos peritos.

Avila Gómez y Cubides consideraron, de acuerdo con las medidas por ellos tomadas, que el lote reclamado por el actor, "tiene más o menos un octavo de fanegada, o sea ochocientos (800) metros cuadrados. Los 800 metros son mil varas"; y estimaron el precio de la vara cuadrada, en 1958, año de la ocupación, a razón de tres pesos (\$ 3,00), o sea en tres mil pesos (\$3.000.00) las mil varas cuadradas ocupadas por la plaza de mercado, de propiedad del demandante. Esta es la suma que debe reconocérsele al actor por la ocupación de la propiedad, más los intereses legales de dicha suma que, como frutos civiles, han de pagársele desde la contestación de la

demanda, considerando al demandado como ocupante de buena fé.

RESOLUCION

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 agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, REVOCA la de primer grado, pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Garagoa el 2 de diciembre de 1963, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1o.— Condénase al Municipio de Garagoa a pagar al señor José Joaquín Acevedo Vanegas, la suma de tres mil pesos (\$ 3.000,00) moneda corriente por concepto de indemnización causada por la ocupación permanente de la zona de terreno de su propiedad, de más o menos mil varas cuadradas, ubicada en dicho Municipio y destinada para plaza de mercado;

2o.— El pago de la suma expresada se hará tan pronto como el nombrado señor Acevedo Vanegas haya otorgado al Municipio la escritura pública debidamente inscrita en la Oficina de Registro, sobre la propiedad de la referida zona de terreno, libre de todo gravamen, por los linderos expresados en la demanda;

3o.— El Municipio de Garagoa pagará al mismo señor Acevedo Vanegas los linderos legales sobre la suma expresada, a partir del 20 de octubre de 1962, fecha de la contestación de la demanda;

4o.— Absuélvese al Municipio demandado de los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., *Secretario*

MANDATO

Condiciones para su perfeccionamiento y clasificación de este contrato.— El poder para la enajenación de inmuebles no requiere escritura pública.— En casación no es dable alegar error de hecho y de derecho, simultáneamente, en la estimación de un mismo medio probatorio.

1.— El mandato es 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, según la definición que trae el artículo 2142 del C. Civil. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general mandatario.

Este contrato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita, conforme al artículo 2150 del mismo código. 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, de acuerdo con el artículo 2149 *ibidem*.

De aquí se deduce que el mandato es un contrato consensual, para cuyo perfeccionamiento no se requieren formalidades especiales.

Excepcionalmente el mandato es solemne cuando en casos determinados la ley exige una formalidad concreta para constituirlo, como ocurre con el poder para que el varón contraiga matrimonio, según el artículo 11 de la Ley 57 de 1887, y con el poder para litigar, que debe otorgarse por escrito, en la forma prescrita por los artículos 255 y 256 del C. Judicial.

Algunos autores sostienen, como don Fernando Vélez, citado por el Tribunal, que el poder para la celebración de un acto jurídico solemne, debe revestir la misma solemnidad del acto para el cual se otorga y que, en consecuencia, el poder conferido para la compraventa de inmuebles o la constitución de una hipoteca, debe constar por escritura pública.

Esta tesis fue en alguna ocasión admitida por la Corte (Casación de 4 de diciembre de 1957, T. LXXXVI, p. 569); pero fué luego rectificadas en varias decisiones posteriores, en el sentido de que no es necesario que el poder para enajenar inmuebles conste en escritura pública. Al respecto pueden verse las casaciones obrantes en la G. J. Tomos LXXXIX. Pág. 35; XC, pág. 586; y XCI, pág. 80.

La Corte reitera ahora la doctrina expuesta en los fallos últimamente citados, porque

siendo el mandato un contrato consensual, que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin necesidad de formalidad especial (excepto en los casos expresamente señalados por la ley), no hay razón para exigir en el poder para un acto solemne, las mismas solemnidades requeridas para el acto en vista del cual se otorga.

El mandato es un contrato principal, que subsiste por sí mismo, independientemente de otro, y tiene características propias, que no se confunden con las del acto jurídico para el cual se confiere.

2.— Es contrario a la técnica del recurso de casación acusar por error de hecho y de derecho a la vez en la apreciación de un mismo elemento de convicción. El inciso 2o. del número 1o. del artículo 520 del C. Judicial, consagra el principio de que debe acusarse por uno o por otro error, lo cual tiene una explicación lógica en las notorias diferencias que existen entre las dos clases de errores, diferencias que hacen imposible que se puedan proponer simultáneamente respecto de una misma prueba.

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 20 de junio de 1964, proferida en el juicio ordinario de Julio Ernesto Acosta Bello contra Mercedes Bello Forero.

ANTECEDENTES

1.— Por escritura pública número 2756 del 12 de agosto de 1957, de la Notaría Tercera de Bogotá, José E. Anzola R. y Laura

Montero de Anzola aparecen vendiendo a la señorita Mercedes Bello Forero, una casa de su propiedad, junto con el terreno en donde está edificada, marcada con los números 78—52 y 78—54 de la carrera 38 de la ciudad de Bogotá, delimitada por los linderos expresados en el título;

2.— Por escritura número 1481 de lo. de abril de 1960, de la Notaría Segunda de Bogotá, la señora María Antonia Espinosa de Trimmiño aparece vendiendo a la señorita Mercedes Bello Forero, una casa baja, con el lote de terreno en donde está edificada, marcada con el número 5—22 de la calle 33 de la ciudad de Bogotá, delimitada como se expresa en dicha escritura; y

3.— Por escritura número 1482 de lo. de abril de 1960, de la Notaría Segunda de Bogotá, la señorita Mercedes Bello Forero transfirió a la señora Francisca Myriani Molina de Vásquez, a título de compraventa, su derecho de dominio sobre un lote de terreno denominado “San José”, situado en la vereda de “El Mortiño”, de la jurisdicción del Municipio de Cogua, Departamento de Cundinamarca, alindado como se expresa en el título. Para garantizar el pago de \$ 15.000,00 que la compradora quedó debiendo como saldo del precio de la negociación, dió como garantía hipotecaria a la vendedora, el mismo inmueble comprado.

Todas las escrituras anteriormente relacionadas, fueron debidamente registradas.

EL LITIGIO

Con fecha 30 de enero de 1962, el señor Julio Ernesto Acosta Bello demandó por los trámites de un juicio ordinario, a la señorita Mercedes Bello Forero, mayor y vecina de Bogotá, para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare que la demandada obró como mandataria del actor en la celebración de los contratos a que se refieren las escrituras citadas anteriormente;

Que, en consecuencia, se declare que los inmuebles y el crédito hipotecario en ellas relacionados, son de la exclusiva propiedad del demandante, y se condene a la demandada a su restitución, con todos sus frutos, naturales y civiles, desde las fechas de las respectivas escrituras hasta cuando haga la restitución;

Que se oficie al Registrador de

Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá para el registro de la sentencia y para que al margen de las escrituras números 2756 de 12 de agosto de 1957, de la Notaría Tercera de Bogotá, y 1481 de lo. de abril de 1960, de la Notaría Segunda, ponga las correspondientes notas aclaratorias indicando que el adquirente fué Julio Ernesto Acosta Bello y no Mercedes Bello Forero;

Que igualmente se oficie al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá, a fin de que registre el fallo y tome nota al margen del registro de la escritura número 1482 de lo. de abril de 1960, de la Notaría Segunda de Bogotá, de que el crédito hipotecario por \$ 15.000,00 a cargo de Francisca Myriam o Francisca Myriani de Vásquez, pertenece al demandante y no a la demandada; y

Que si antes del fallo Francisca Myriam o Francisca Myriani Molina de Vásquez hubiere pagado a la demandada el crédito hipotecario por \$15.000,00 a que se refiere la demanda, se le condene a la restitución de tal suma, con sus frutos civiles y naturales desde el 1o. de abril de 1960 hasta cuando haga el pago.

Así pueden compendiarse los hechos de la demanda:

Estando en peligro de muerte la señora Julia Bello viuda de Acosta, madre del demandante, resolvió traspasarle sus bienes a su hermana, la señorita Mercedes Bello Forero, con el fin de que ésta los pasara después al actor Julio Ernesto Acosta a quien correspondían como heredero de doña Julia, en efecto, ésta otorgó las escrituras correspondientes a la demandada, quien devolvió al demandante el dominio sobre parte de los bienes que simuladamente había adquirido de su hermana; pero se reservó parte de la finca de “San José”, en Cogua, de la cual enajenó distintos lotes, a título de venta, “habiendo recogido por razón de esas ventas la cantidad de ochenta y nueve mil pesos (\$ 89.000,00) m/cte.”, dineros con los cuales y como mandataria de Julio Ernesto Acosta adquirió los inmuebles descritos en la petición primera de la demanda, aunque aparece adquiriéndolos en nombre propio; en ejercicio del mismo mandato la demandada hizo venta de otra parte de la finca de “San José” a la señora Francisca Myriani o Francisca Myriam Molina de Vásquez, por medio de la escritura número 1482 de lo. de abril de 1960, de la Notaría Segunda de

Bogotá y por razón de tal contrato la compradora quedó debiendo, como saldo del precio, la suma de \$ 15.000,00, que garantizó con hipoteca de la misma finca; pero la vendedora no hizo constar que tal crédito era a favor de Julio Ernesto Acosta, y está constituido directamente a su favor; el mandato conferido por el demandante a la demandada fué verbal, "cuando la autorizó para recibir de su madre Julia Bello de Acosta la escritura de venta de todos los bienes que ésta tenía, y que como heredero de la primera le correspondían íntegramente"; Mercedes Bello no ha devuelto a Julio Ernesto Acosta el dominio sobre los bienes de que trata la demanda, y éste abriga el temor de que siga ejecutando indebidamente el mandato.

Concluyó el primer grado del juicio con la sentencia de 7 de febrero de 1963, proferida por el Juzgado 8o. Civil del Circuito de Bogotá, quien denegó las peticiones de la demanda y absolvió a la demandada de los cargos formulados.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por apelación de la parte demandante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver en segunda instancia, confirmó la sentencia apelada, mediante fallo de 20 de junio de 1964.

Anota el Tribunal que se demanda en primer término la declaración de que la demandada obró como mandataria del actor en la celebración de los contratos de compraventa de inmuebles e hipoteca relacionados en el libelo inicial, como consecuencia del mandato verbalmente conferido por éste a aquélla.

Se refiere luego a la noción jurídica del contrato de mandato y a la manera como puede constituirse, concluyendo que "de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la solemnidad que debe tener el mandato no debe ser inferior a la que requiere el acto o contrato que vaya a celebrarse por el mandatario". Cita a don Fernando Vélez, quien opina que si se trata de la enajenación de inmuebles, de limitar su dominio o de gravarlo, es necesario que el poder conste en instrumento público; concluye que al demandante le correspondía demostrar el mandato que dice le confirió a la demandada, y que "como en el proceso no se encuentra la prueba idónea sobre el particular, esto es, la

escritura pública, toda vez que se trataba de la compraventa de inmuebles y de la constitución de un contrato de mutuo (sic) garantizado con hipoteca, hay que concluir que la sentencia objeto del recurso de apelación, y que hoy se revisa, es legal y debe confirmarse". "Por lo demás, —agrega el fallador— la existencia del mandato verbal que afirmó el demandante haber conferido a la demandada, tampoco se demostró por ninguno de los medios probatorios que establece la ley para tal efecto".

LA IMPUGNACION

Con apoyo en la causal primera de casación, la parte demandante formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, en la siguiente forma:

Primer cargo.— Se hace consistir en violación directa del artículo 2149 del C. Civil, sin expresar su clase, si por falta de aplicación o aplicación indebida o interpretación errónea.

Para sustentar este primer motivo, el recurrente reproduce el citado artículo y expresa que sus términos son tan claros que no admiten interpretación distinta a la natural que surge del significado mismo de las palabras empleados; que donde la ley no distingue al hombre no le es dado distinguir; y que, cuando el Tribunal exigió la escritura pública para la demostración del mandato en el caso de autos, "incurrió en palmaria violación de la disposición citada, la cual debe corregir la honorable Corte, casando la sentencia".

La Corte Considera:

El recurrente no ha debido limitarse a indicar la causal y el artículo que estima infringido; la técnica del recurso exige que se indique, además, la clase de violación cometida por el sentenciador. Sin embargo, como en el desarrollo del cargo alude a la claridad del texto acusado para expresar que no admite interpretación distinta de la natural que exige su propio contenido, debe entenderse que el ataque es por interpretación errónea del precepto que se estima infringido.

El mandato es 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, según la

definición que trae el artículo 2142 del C. Civil. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general mandatario.

Este contrato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita, conforme al artículo 2150 del mismo código. 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, de acuerdo con el artículo 2.149 *ibidem*.

De aquí se deduce que el mandato es un contrato consensual, para cuyo perfeccionamiento no se requieren formalidades especiales.

Excepcionalmente el mandato es solemne cuando en casos determinados la ley exige una formalidad concreta para constituirlo, como ocurre con el poder para que el varón contraiga matrimonio, según el artículo 11 de la ley 57 de 1887, y con el poder para litigar, que debe otorgarse por escrito, en la forma prescrita por los artículos 255 y 256 del Código Judicial.

Algunos autores sostienen, como don Fernando Vélez, citado por el Tribunal, que el poder para la celebración de un acto jurídico solemne, debe revestir la misma solemnidad del acto para el cual se otorga y que, en consecuencia, el poder conferido para la compraventa de inmuebles o la constitución de una hipoteca, debe constar por escritura pública.

Esta tesis fué en alguna ocasión admitida por la Corte (Casación de 4 de diciembre de 1957, T.LXXXVI, p.569); pero fué luego rectificadas en varias decisiones posteriores.

En efecto, en casación de 4 de septiembre de 1958 (T. LXXXIX, pág. 35) dijo la Corporación:

“La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esa forma. por el contrario el artículo 2.149 del Código Civil, preceptúa que ‘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’ ”.

En sentencia de 29 de mayo de 1959, (T. XC, pág. 586), se reafirmó la doctrina en estos términos:

“De dichos textos se desprende, obviamente, que el mandato es un contrato, consensual y no solemne, que se perfecciona por el sólo consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna. Inclusive probatoriamente se considera incluido entre las excepciones a la restricción de prueba testimonial, cuando valga más de quinientos pesos. Por eso la Corte ha dicho: ‘Entre las excepciones que establece el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 a la regla general sobre restricción de la prueba testimonial por razón de cuantía, hay que considerar incluido el mandato, contrato que según el artículo 2.149 del Código Civil puede celebrarse verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos, no tendría cumplimiento esta última disposición especial para el mandato, y como tal, de preferente aplicación a la del artículo 91 citado’. (G. J. XIX 87;295; XXXIV, 48; LXII, 619 LXII, 670).

“Esta doctrina, descansa, fuera de las razones antedichas, en que el artículo 2.149 del Código Colombiano no contiene el siguiente pasaje que trae el artículo 2123 del Código Chileno: ‘Pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino de conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico’. En cambio, el artículo 1.985 del Código Francés, establece prácticamente los mismos principios del colombiano, ya que advierte que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones consensuales.

“En esta forma, ante disposiciones expresas de ineludible aplicación, no puede concluirse que la categoría del mandato deba estar conforme con la del acto para el cual se confiere, ya que las reglas generales de derecho determinan que sea la norma que regula el caso la que debe actuar, y que no sean de recibo disposiciones que reglamenten materias diferentes. Por otro lado, no puede

desconocerse que se trata de dos contratos distintos, el de mandato y el de compraventa, el primero de los cuales genera derechos y obligaciones personales que no pueden afectar la situación jurídica del segundo, por lo cual quien da su consentimiento para vender, en nombre del mandante, es el mandatario, de manera que la solemnidad de la escritura, indispensable para tal manifestación, no lo es para la del mandante que puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2.149 a que se ha hecho mérito, desde el momento en que, como dice el artículo 1.505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado con él”.

Y, finalmente, en fallo de casación de 8 de junio de 1960 (T.XCII,pg.80), se sostuvo igual tesis, con estas palabras:

“No es necesario que el poder para enajenar inmuebles conste en escritura pública, de modo que su ausencia no determina falta de los requisitos para el valor del acto, ni que el consentimiento del vendedor se haya dejado de expresar en debida forma . . .”

La Corte reitera ahora la doctrina expuesta en los fallos últimamente citados, porque siendo el mandato un contrato consensual, que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin necesidad de formalidad especial (excepto en los casos expresamente señalados por la ley), no hay razón para exigir en el poder para un acto solemne, las mismas solemnidades requeridas para el acto en vista del cual se otorga.

El mandato es un contrato principal, que subsiste por sí mismo, independiente de otro, y tiene características propias, que no se confunden con las del acto jurídico para el cual se confiere.

De lo anterior se deduce que le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal violó el artículo 2149 del C. Civil, porque le dió una interpretación distinta a la que surge de su propio texto y exigió, en virtud de ese error jurídico, la prueba de la escritura pública para la demostración del mandato en el sub-lite.

De aquí se infiere que el fallo debería casarse sí, por otra parte la Corte encontrase demostrada la existencia en autos del mandato verbal que el demandante sostiene le confirió a la demandada.

Pero esta prueba se echa de meros en el expediente, pues el actor, a quien incumbía ameritar ese extremo, no lo acreditó. No demostró en el curso del juicio la celebración del contrato de mandato que invoca como fundamento de su pretensión. Ni de las posiciones que le hizo absolver a la demandada, ni de las declaraciones de los señores Alberto Urbina y Rafael María Espitia, se deduce la prueba de la existencia del contrato.

En consecuencia, no prospera el cargo y queda rectificadada la tesis del Tribunal.

Segundo cargo.

Con invocación también de la causal primera de casación, el impugnante acusa la sentencia “por efecto de errores de hecho y de derecho” en la apreciación de las posiciones absueltas por la demandada y de los testimonios de Alberto Urbina y Rafael María Espitia; errores que lo llevaron a violar los artículos 604, 605, 606, 630, 632, 696, 697, 662 y 663 del Código Judicial, violación que a su vez condujo a la infracción de los artículos 1494, 1602, 1603, 2142, 2149, 2150, 2159, 2174 y 2177 del Código Civil.

Desarrolla el cargo el recurrente diciendo que de tales pruebas se llega a la conclusión de que con ellas se acredita la existencia del mandato, al contrario de lo que dice el Tribunal al concluir, como concluyó, que no eran bastantes para demostrarlo.

SE CONSIDERA:

El cargo no se ajusta a la técnica del recurso, porque es contrario a ella acusar por error de hecho y de derecho a la vez en la apreciación de un mismo elemento de convicción. El inciso 2o. del número 1o. del artículo 520 del C. Judicial, consagra el principio de que debe acusarse por uno o por otro error, lo cual tiene una explicación lógica en las notorias diferencias que existen entre las dos clases de errores, diferencias que hacen imposible que se puedan proponer simultáneamente respecto de una misma prueba.

Como lo ha dicho la Corte, “no se acomoda a la técnica de casación proponer simultáneamente y en relación con un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho, pues estos revisten características diversas. En efecto, si bien ambos se originan

en el campo de las pruebas y producen igual consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial, por aplicación indebida o por falta de aplicación, el primero atañe a la prueba, como elemento material del proceso, por creer el juzgador que cierto medio probatorio existe cuando no existe o viceversa, y el segundo implica que le asigne un mérito legal distinto, dándole el que no tiene o negándole el que tiene, según la ley.

“No pueden entonces presentarse al tiempo los dos errores, ya que para que aparezca el de derecho es necesario tener en cuenta la prueba existente, es decir, analizarla, y desde el momento en que dicha labor se efectúa, ya no ha habido lugar a error de hecho, que implica desconocer la prueba que obra en autos o reconocer la que en ellos no existe” (T. XC, pgs. 91 y 92).

En el sub-lite no cabría alegar error de hecho, porque el Tribunal tuvo en cuenta las pruebas, toda vez que concluyó que no aparecía acreditado el mandato por ninguno de los medios autorizados por la ley; y el error de derecho no está demostrado, porque el Tribunal les dió a las posiciones y a los testimonios de Urbina y Espitia, la valoración

que les correspondía según la tarifa, concluyendo que no aprobaban la procuración que el demandante invoca como fundamento de sus pretensiones.

Por consiguiente, el cargo debe rechazarse.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Surpema 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 pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el veinte (20) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), en el juicio ordinario seguido por Julio Ernesto Acosta Bello contra Mercedes Bello Forero.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso, Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada,

Ricardo Ramírez L., *Secretario.*

ACCION DE PERTENENCIA

Casación.— Alcance de la autonomía del Tribunal en la apreciación de pruebas.— En qué consiste el error de hecho.— Limite del poder discrecional del juzgador en la estimación de indicios.

1.— *La sentencia recurrida sube a la Corte amparada bajo la presunción de acierto. Y como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en el recurso extraordinario, en cuanto por el impugnante no se demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho, evidenciado en los autos o en infracción de las normas que regulan el valor de los medios probatorios.*

2.— *El error consiste en la falsa noción de una cosa, o sea en la disconformidad entre la realidad de un ente dado y la imagen que del mismo se haya formado la inteligencia. Consecuencialmente, 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. Al respecto puede verse lo expuesto por la Corte en casación de 23 de marzo de 1954 (LXXVII, 2138/39, págs 114 y ss.), cuya doctrina ha sido insistentemente reiterada.*

3.— *La ponderación de los hechos indiciarios, en orden a determinar si satisfacen las calidades previstas en el artículo 665 del C. J., es tarea privativa del juzgador de instancia, investido de poder discrecional al efecto, cuyo dictamen se mantiene intocable en casación, mientras no se le convenza de contraevidencia o de violación de las normas que regulan el valor de esta especie probatoria.*

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

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 9 de noviembre de 1962, en el juicio ordinario seguido por Carlos Copete Rodríguez frente a Gustavo Molano de la Torre.

—1—

EL LITIGIO

Carlos Copete Rodríguez, en libelo presentado el 15 de marzo de 1957, demandó en juicio ordinario a Gustavo Molano de la Torre, en solicitud de las siguientes declaraciones:

Que pertenece en pleno dominio al actor, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, el inmueble conocido con el nombre de “Mata Redonda” o “La Trinidad”, ubicado en el Distrito Especial de Bogotá, sitio “Verjón”, y determinado por los linderos que el libelo señala;

que se ordene la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; y

que se condene al demandado en las costas del juicio.

Como *causa petendi*, expone los siguientes HECHOS:

Que desde el año de 1932, el demandante ha poseído materialmente en forma pacífica, ostensible y continua, con ánimo de dueño y sin reconocer dominio ajeno, el referido inmueble;

que los hechos posesorios han consistido en la construcción de varias casas de habitación para el actor y para sus arrendatarios; residencia allí permanente del mismo con su familia; control, cuidado, cerramiento, empradización y conservación en buen estado del inmueble; pastoreo de animales de distinta especie; reconstrucción de las cercas; división

y subdivisión en potreros de pastoreo; división en parcelas que ha entregado a otras personas para su explotación en calidad de arrendatarios; cultivo de pastos artificiales; papa y otros; y en fin una serie de hechos que no especifica, pero que se dice serán oportunamente demostrados; y

que como poseedor inscrito de un globo de terreno de mayor extensión, del cual hace parte el poseído por el demandante, figura el señor Gustavo Molano de la Torre, contra quien se propone la acción.

Y dice fundar su pedimento en los artículos 2o. a llo. de la ley 120 de 1928; en lo pertinente de la ley 51 de 1943; y en los artículos 2512, 2513, 2517, 2518, 2522, 2527, 2531, 2532 y 2534 del Código Civil.

El demandado, en su contestación al libelo, dijo no ser ciertos los hechos relativos a la posesión alegada por el actor; exigió que se pruebe el consistente en ser el mismo demandado poseedor inscrito de un globo de terreno de mayor extensión de que hace parte el que es materia del pleito; y negó toda razón o derecho a la pretensión del demandante.

Con aducción de pruebas de ambas partes, surtióse el primer grado, a que recayó fallo denegatorio de las súplicas del demandante, cuya apelación abrió la segunda instancia del juicio, definido por el Tribunal con sentencia de fecha 9 de noviembre de 1962, plenamente confirmativa de la del inferior.

Interpuesto por el mismo actor el recurso de casación, ha llegado el momento de que la Corte lo decida.

—II—

LA SENTENCIA RECURRIDA

Comienza el Tribunal por transcribir varios pasajes del fallo de primera instancia, según los cuales el juez *a quo* encontró probado, en su concepto, lo siguiente:

El ejercicio de la posesión por el demandante, a partir del año de 1932, sobre el terreno materia de la litis; y que el demandado, Gustavo Molano de la Torre, es el titular inscrito de un inmueble a que pertenece aquel terreno, según la escritura número 3827 de 10 de agosto de 1954, en que consta la venta que al dicho Molano de la Torre le hicieron Inés Posada de Venegas, Leónor Posada de Ceballos, María Posada de Perea, Isabel Posada Martínez y Fernando

Posada, de la finca conocida con el nombre de "Mata Redonda" o "Los Corrales", hoy "La Trinidad". Es decir que "hasta el 10 de agosto de 1954 los propietarios de la finca, eran los señores Posada como herederos del señor Benito Posada" y que esta situación se encuentra confirmada con la promesa de venta hecha por ellos a José Miguel Copete, con fecha 4 de diciembre de 1944, así como con la inspección ocular practicada por el Juzgado 7o. Civil del Circuito, con fecha 6 de marzo de 1956. Mas, la situación cambia de aspecto con la diligencia de absolución de posiciones a que fué sometido el actor por el apoderado del demandado Molano. "En efecto, prácticamente de toda la diligencia de absolución de posiciones el demandante no hace otra cosa que reconocer derecho ajeno sobre el lote que pretende usucapir . . . siendo esto un reconocimiento de propiedad ajena, mal se puede adquirir por prescripción el lote materia de la acción y por tanto las súplicas de la demanda no pueden prosperar".

Adéntrase, luego, el Tribunal en consideraciones acerca de la prueba de confesión y del principio de la indivisibilidad de la misma. Hecho lo cual, se detiene en la contemplación de las posiciones absueltas por el actor a requerimiento del demandado, de las cuales transcribe con sus respuestas los números seis, siete, ocho, nueve, diez y quince, que se reproducen así:

"6a.— Cómo es cierto que su hermano JOSE MIGUEL COPETE le prometió a usted venderle una parte de la finca cuando los herederos del señor Benito Posada le hicieran la escritura definitiva de venta que le habían prometido?— Contestó: 'Si es cierto y esta promesa se la hice para obtener un título definitivo no tener que iniciar este juicio'.

"7a.— Cómo es cierto que usted dió a su hermano JOSE MIGUEL COPETE alguna cantidad de dinero para asegurar la venta que él le prometía hacer de parte de la finca llamada 'LA TRINIDAD', 'EL PARAMO', 'LOS CORRALES', o 'MATA REDONDA'?— Contestó: 'Sí es cierto y esto lo hice por la razón expuesta en la pregunta anterior', o sea por conseguir el título'.

"8a.— Cómo es cierto que usted se presentó, en el año de mil novecientos cincuenta y uno y en varias ocasiones, a la casa de la señora Inés Posada de Venegas con el fin de proponerle compra de parte de la finca antes referida y que le había prometido

vender a su hermano JOSE MIGUEL COPETE?— Contestó: 'Sí es cierto, y lo hice para evitarme este juicio, pero como me dijeron que la finca se la habían vendido al señor Gustavo Molano, no nos podían vender nada a los Copetes'.

" 9a.— Cómo es cierto que usted hizo propuesta a la señora Inés Posada de Venegas y demás propietarios de la finca dicha para comprarle una parte de ésta, por cierta cantidad de dinero que no fué aceptada por los propietarios legítimos?— Contestó: 'Sí es cierto'.

" 10a.— Cómo es cierto que el señor José Miguel Copete le devolvió a usted el dinero que le había dado como parte del precio convenido por la porción de la finca 'LA TRINIDAD', 'EL PARAMO', 'LOS CORRALES' o 'MATA REDONDA', que iba a vender cuando le hicieran la escritura sus legítimos dueños?— Contestó: 'Sí es cierto'.

" 15a.— Cómo es cierto que usted pretendía comprar a la señora Inés Posada de Venegas y demás propietarios de la finca 'LA TRINIDAD', 'EL PARAMO', 'LOS CORRALES', o 'MATA RENDONDA', la porción que está actualmente ocupando?— Contestó: 'Sí es cierto y esto lo hacía para evitarme el juicio correspondiente'".

Conclusiones de este estudio son, para el Tribunal, las siguientes:

Que, según la confesión contenida en la absolución de tales posiciones, el demandante reconoce que, en distintas fechas y a los distintos propietarios legítimos del predio de mayor extensión, de que hace parte el terreno del litigio, el demandante les propuso, como a dueños que eran del mismo, compra de éste, llegando hasta el extremo de adelantar dinero a cuenta del precio, como lo hiciera con su hermano José Miguel, agregando las circunstancias de que lo había hecho para obtener un título definitivo y evitarse el juicio correspondiente. De donde deduce el juzgador que "el confesante reconoció la existencia de un hecho personal que lo perjudica, puesto que con esa manifestación reconocía el dominio ajeno por una parte, y por otra, con las circunstancias, reconoció su situación o calidad de titular aparente, ocupante, en vía de prescribir, circunstancias éstas que corroboran el reconocimiento del dominio ajeno, como que ellas no se encaminan a descargar al confesante de la obligación bajo la cual lo coloca su confesión del hecho

principal, tomada aisladamente, sino a individualizar o determinar el hecho confesado con características diferentes de las que figuran en el interrogatorio".

Estima que reconocer que se ha celebrado una promesa de compraventa, figurando como prometiende comprador, y hacer propuesta de compra en uno y otro caso sobre la misma cosa y a los titulares del derecho de dominio "es lo mismo que obtener (seguramente quiso decir pretender obtener) el título de dueño por esos mismos medios, es reconocer la existencia de ese título en cabeza de otra persona", reconocimiento que "produce los precisos efectos jurídicos señalados en forma perentoria en el ordinal 3o. del artículo 2531 del Código Civil; los de impedir que se torne en "posesión de buena fe la mera tenencia", y que impide su intervención, que es fenómeno que se produce cuando quien, siendo mero tenedor, asume el elemento que le faltaba para lograr la condición jurídica de poseedor, o sea el *animus*, bien por obra de un tercero de quien adquiere un título al respecto, o por medio de su propia actividad que en un momento dado le desconoce al verdadero dueño su condición de tal, a través de actos o hechos que inequívocamente demuestran la voluntad de excluir al dueño.

Finalmente, dice que a la prueba de reconocimiento de dominio ajeno, que se origina en la confesión del demandante en posiciones, "se agrega la indiciaria, con caracteres de gravedad, precisión y conexidad," que emerge del contrato de promesa de compraventa celebrado el 4 de diciembre de 1944 entre los herederos de Benito Posada y José Miguel Copete, que tuvo por objeto la ya nombrada finca de mayor extensión, en relación con el celebrado entre el dicho José Miguel y el demandante, relativo al terreno que se intenta prescribir; y de las posiciones absueltas por el mismo José Miguel rendidas en un juicio de restitución que le promovieron los Posadas, en que confesó haber recibido dinero de su hermano Carlos por cuenta del contrato celebrado con él. Pruebas son éstas que "respaldan la verdad de la manifestación hecha por el demandante en posiciones de haber ejecutado hechos que implican reconocimiento de dominio ajeno, como son los relacionados en el cuerpo de este fallo, y que vienen a evidenciar la fuerza probatoria emanada de su confesión".

Tales las consideraciones del

pronunciamiento impugnado.

—III—

LA DEMANDA DE CASACION

Bajo el epígrafe de “Capítulo Unico” y situando la censura en la órbita de la causal primera de casación, el recurrente dice atacar la sentencia del Tribunal, por violación, en el concepto de aplicación indebida, del artículo 2531 del C. Civil, “a consecuencia de errores de hecho evidentes en la apreciación de la prueba”.

Con este intento, despliega una serie de críticas que giran alrededor de la idea central de que el juzgador erró, al ver en la absolución de posiciones rendida por el demandante Carlos Copete Rodríguez en la primera instancia, un reconocimiento de dominio, ajeno, enervante de la usucapición por él pretendida, y al estimar, además, constituyentes de prueba indiciaria corroborativa de tal reconocimiento, ciertos medios cuyo apunte se hará a su debido tiempo.

Aplicase, pues, el impugnante, en primer término, a hacer la disección de las respuestas a las posiciones 6a, 7a, 8a, 9a, 10a y 15a, para contraponer su personal análisis a la estimación que de las mismas hiciera el sentenciador. Y como los razonamientos que el censor presenta acerca de cada una participan, en una u otra forma, de una misma naturaleza conceptual, cabe hacer de ellos el siguiente resumen de conjunto:

Que, según el Tribunal, el actor confesó que en distintas fechas les propuso compra del terreno que ocupa, a sus distintos propietarios legítimos. Pero que en ninguna parte del expediente obra instrumento alguno de propiedad a favor de Benito Posada, ni prueba de que el demandado o Inés Posada de Venegas tenga la calidad de propietario, o de que la misma Posada u otra persona tenga la condición de heredero de dicho Benito Posada. “De lo cual resulta que es error de hecho considerar que esa prueba existe”, como también es errónea la consideración de que el demandante en distintas fechas les propusiera compra a los distintos propietarios.

Quienes sean los legítimos dueños de un bien raíz, no es cuestión determinable por confesión. Según las posiciones, quien prometió venderle al demandante fue José

Miguel Copete Rodríguez, que si por una parte es un tercero, por otra no figura como dueño del fundo que ocupa el absolvente. A lo cual se agrega la explicación dada por éste, de que propuso comprar “para obtener un título definitivo, no tener que iniciar este juicio”. Y esta explicación en la que —dice el recurso— no ahondó el Tribunal, significa que el confesante consideraba ser dueño en virtud de su posesión, carácter respecto del cual la sentencia que a su favor recayese en el presente juicio le daría un título que terminase con la posesión inscrita de su contraparte en la oficina de Registro. Por eso, sin abdicar del ánimo de dueño y de la conciencia de sus derechos, hizo la propuesta.

La confesión, según lo ordena el artículo 609 de C. J., se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho. Cuando el confesante declara su intención, ésta debe respetarse. En el caso, esa intención del absolvente no fue la de desprenderse del ánimo de dueño, de su calidad de poseedor, sino evitar un juicio cuya sentencia le diese el título que registrado acabase con la titularidad de dominio preexistente inscrita en la oficina de Registro.

Es que “el pretender un título mediante sentencia en juicio, y el pretender evitar ese juicio y obtener el título en forma sucedánea y sin abdicar del ánimo de dueño por posesión configurativa de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no significa en el fondo reconocer dominio ajeno”. Afirmar lo contrario es una apreciación notoriamente errónea.

Siguiendo este orden de ideas, censura en otro lugar la afirmación del Tribunal, de que “el confesante reconoció la existencia de un hecho personal que le perjudica”. Y con el fin de rebatir este aserto, insistiendo una vez más en la imputación de que el fallador incidió en errores de hecho evidente, de carácter subjetivo, en la apreciación de la prueba de confesión, sostiene que la rendida por el actor en posiciones, de haber hecho propuesta de compra para obtener un título definitivo y no tener que seguir un juicio, es una confesión indivisible, porque en ella la explicación concerniente al hecho principal tiene íntima conexión con éste, le da una modalidad determinante de la intención de tal acto, que no fue la de reconocer dominio ajeno, sino sólomente la de evitar un juicio.

Respecto de la estimación de algunas de tales posiciones, el recurso hace en particular los siguientes reparos: Que en la pregunta octava no se dice que Carlos Copete Rodríguez le hubiera hecho propuesta alguna de compra a Inés Posada de Venegas como a dueña que fuera del inmueble; que en la pregunta décima sólo se interroga sobre la devolución que José Miguel Copete Rodríguez, quien era un tercero no pretendido propietario, hubiese hecho al absolvente, de un dinero que éste le había dado como parte del precio convenido por la porción que el primero le iba a vender cuando le otorgaran la escritura sus legítimos dueños; y que la posición decimoquinta sólo habla de la pretensión del absolvente de comprar a Inés Posada de Venegas y demás propietarios de la finca "La Trinidad", "El Páramo", "Los Corrales" o "Mata Redonda", la porción que aquél está actualmente ocupando. Que ninguna de estas posiciones habla de que el absolvente les hubiera hecho propuesta de compra del inmueble que posee, en distintas fechas, a distintos propietarios, por lo cual la afirmación que hace el juzgador en este sentido, al apreciar las posiciones últimamente referidas, entraña evidente error de hecho.

Por lo que hace a la consideración del sentenciador, de que el demandante llegó hasta el extremo de adelantar dinero como parte del precio, cual ocurriera en el caso de su hermano José Miguel, se le tilda también de error manifiesto para el efecto de estructurar reconocimiento de dominio, ya que en ninguna de las posiciones confiesa el demandante que éste le hubiera dado dinero al demandado Molano de la Torre o a Inés Posada de Venegas u otras personas "a quienes el demandado cree o trata como legítimos dueños, sin que tal propiedad aparezca acreditada por parte alguna. Es decir, que de las posiciones no se desprende entrega de dinero a alguna de estas personas". Y en cuanto a la entrega a José Miguel, éste es un tercero, en cuyo favor no se puede deducir un reconocimiento de dominio. Máxime si se tiene en cuenta la salvedad aludida.

Procede, luego a atacar el pasaje del fallo, que dice que "reconocer que se ha celebrado el contrato de promesa de compraventa, figurando como sujeto promitente comprador de esa relación jurídica y hacer propuesta de compra en la misma forma en uno y otro caso sobre la misma cosa y a los titulares del

derecho de dominio es lo mismo que obtener (sic) el título de dueño por esos mismos medios, es reconocer la existencia de ese título en cabeza de otra persona. Es el mismo hecho o acción manifestado con distintas palabras, pero que su reconocimiento produce los precisos efectos jurídicos señalados en forma perentoria en el ordinal 3o del artículo 2531 del Código Civil; los de impedir que se torne en posesión de buena fe la mera tenencia". En relación con lo cual, el impugnante insiste en sus alegaciones de que no hay prueba alguna de contrato de promesa de compraventa "entre el demandante y el demandado", ni "entre el demandante y uno de los testigos, Inés Posada de Venegas", ni prueba de que ésta fuese titular del dominio del terreno, pues no obra instrumento alguno que lo establezca. No existen estas pruebas "que serían las que podrían configurar un reconocimiento de dominio a favor del demandado por el demandante".

Entra, entonces, en el estudio de la regla 3a del artículo 2531 del Código Civil, ante la cual sostiene que en el presente caso no existe objetivamente título alguno de mera tenencia en que el demandante figure "como persona que ha tenido el lote de terreno reconociendo dominio a favor del demandado". Pero que, aún en la hipótesis de que éste hubiera logrado "probar que el demandante le había reconocido dominio a personas distintas del demandado mismo, tal prueba no podría impedir que, haya lugar a la prescripción extraordinaria, porque no es esa la prueba que en la regla 3a., circunstancia 1a. del art. 2531, tiene la virtud de impedir el reconocimiento de la prescripción, ya que, se reafirma, la prueba pertinente sería la de que el demandante le había reconocido a él, al demandado, y no a otra persona, dominio". Más resulta que el demandado Molano de la Torre no probó que el actor le hubiera reconocido expresa o tácitamente dominio durante los últimos veinte años; y el demandante, en cambio, sí demostró haber poseído por el mismo espacio de tiempo, sin violencia, clandestinidad, ni interrupción, como lo reconoce la sentencia del juez *a quo*, cuya motivación al respecto se transcribe en la del Tribunal.

Ahora, al no existir la prueba de que el demandante fuese un tenedor, el Tribunal cometió error evidente al darle el tratamiento de tal. La imputación que, con base en la

absolución de las posiciones, se le hace, de haber reconocido dominio ajeno, no se configura dentro de una apreciación técnica de la confesión, dada la aclaración que hizo, cuyo sentido no puede suprimirse ni menoscabarse, pues lo impide el artículo 609 del Código Judicial.

Afirmado lo cual, censura al sentenciador por haber sostenido que el reconocimiento por el demandante, de los hechos o actos de que se ha hablado (promesa de compraventa, propuesta de compra) "interfiere la ejecución del fenómeno jurídico denominado por algunos autores INTERVENCIÓN DEL TÍTULO, que sería el único que podría lograr el efecto de que el mero tenedor pudiese prescribir". Porque esta teoría descansa sobre la precisa hipótesis de que quien alega la prescripción haya comenzado con un título de mera tenencia, que hubiera otorgado en otro tiempo a favor del demandado considerándolo como dueño. Pero ese título de tenencia no ha sido producido por Molano de la Torre en el presente caso. Luego la referencia que trae el fallo a tal fenómeno es extraña al mismo, y debida al error de hecho de haber estimado que en la susodicha absolución de posiciones se contiene un reconocimiento de dominio ajeno.

Por último, el recurrente ataca la consideración final del fallo consistente en que "a la prueba que se origina en la confesión del demandante de haber reconocido el dominio ajeno, porque no otra cosa implica, legalmente, el hecho de pedir un título de propiedad a un tercero o al titular respectivo, se agrega la indiciaria, con caracteres de gravedad, precisión y conexidad", que emerge, según el Tribunal, de las siguientes circunstancias: el contrato de promesa de compraventa celebrado el 4 de diciembre de 1944 entre los herederos de Benito Posada y José Miguel Copete Rodríguez, relativo a la finca denominada "La Trinidad", "El Páramo", "Los Corrales" o "Mata Redonda", en relación con el ajustado entre este último y el demandante, referente al lote de terreno que se intenta prescribir y que es parte integrante de aquella finca; y las posiciones absueltas por el nombrado José Miguel, en el Juzgado 7o. Civil de este Circuito, dentro del juicio que sobre restitución de la misma le promovieron los señores Posadas, posiciones en que el absolvente confiesa haber recibido dinero de

su hermano Carlos Copete Rodríguez por cuenta del contrato celebrado con él.

Funda esta última censura en el siguiente razonamiento: que la promesa de compraventa entre José Miguel Copete y los llamados herederos de Benito Posada, de cuya calidad hereditaria no hay en los autos prueba alguna, es un contrato entre terceros, del que no podría deducirse que Carlos Copete Rodríguez reconoció dominio alguno en favor del demandado; que de la promesa de compraventa que se dice celebrada entre el actor y José Miguel Copete Rodríguez no aparece prueba alguna, la que tendría que ser instrumental con arreglo a la ley (art. 89 ley 153 de 1887), aparte lo cual trataríase de un contrato del que no se derivaría ningún reconocimiento de dominio en pro del reo, y que tendría en contra de éste la explicación dada por el demandante en la absolución de posiciones; y que la confesión de José Miguel Copete, de haber recibido dinero de su hermano Carlos por cuenta del mismo contrato, hecha en juicio distinto seguido contra el nombrado José Miguel, no puede perjudicar sino a quien la hizo, en modo alguno al demandante. No se dan, pues, la gravedad, la precisión y la conexidad que el fallador dice encontrar en tales elementos. Quiere decir que "hay también error de hecho evidente en la apreciación de la prueba de tales indicios, ya que ellos, en sí mismos considerados, o puestos en relación con la prueba dimanante de las respuestas a las posiciones, no arrojan contenido alguno que indique un reconocimiento verdadero de dominio ajeno por el demandante".

* Como consecuencia de los errores de hecho alegados en la apreciación de las pruebas que se han mencionado, y por cuanto no fue desestimada la deducida por el actor para demostrar su posesión en las condiciones previstas en la circunstancia segunda de la regla tercera del artículo 2531 del Código Civil, resulta, según el impugnante, que el Tribunal aplicó indebidamente este artículo en favor del demandado, cuando ha debido hacerlo en pro del demandante, en contra del cual empleó de modo indebido la regla tercera de este precepto. Cuya desacertada aplicación, en razón de la cual fue éste quebrantado, determinó la denegación de las peticiones de la demanda, al confirmarse por el Tribunal la sentencia del juez *a-quo*.

-IV-

LA CORTE CONSIDERA

Encuétrase planteada la acusación, por violación indirecta de la ley sustancial (art. 2531 del C. Civil), a consecuencia del error de hecho en la apreciación de las pruebas. Vale decir que la columna en que descansa el recurso es la del yerro de esta especie en la estimación probatoria.

Como medios mal ponderados, señaláanse la absolución de posiciones hecha por el demandante, que fue para el sentenciador el instrumento primordial de su convicción, y la indiciaria extraída por él del concurso de ciertos elementos circunstanciales, la cual tomó como corroborativa de la primera.

Mas antes de tocar con los reparos mismos, conviene recordar algunos principios a cuya luz tendrá que hacerse la consideración de la censura.

La sentencia recurrida sube a la Corte amparada bajo la presunción de acierto. Y como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en el recurso extraordinario, en cuanto por el impugnante no se demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que regulan el valor de los medios probatorios.

El error consiste en la falsa noción de una cosa, o sea en la disconformidad entre la realidad de un ente dado y la imagen que del mismo se haya formado la inteligencia. Consecuencialmente, 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.

Es así como la Corte hubo de decir en sentencia de casación de 23 de marzo de 1954 (LXXVII, 2138/39, págs. 114 y ss.), cuya doctrina ha sido insistentemente reiterada, que "El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal lo del artículo 520 del C. J., consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo".

Y agregó allí mismo esta Superioridad: "Si no fuera así, no tendría ningún sentido el precepto legal que habla de mala apreciación de la prueba causada por un error de hecho evidente, pues, si en todos los casos en que el Tribunal aprecia mal una prueba, este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más, y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el Tribunal de instancia, por solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél".

En el caso de este juicio y en lo que toca con la absolución por el actor, de las posiciones que le fueron propuestas (c.2, fs. 4 y 5), no aparece que el Tribunal hubiera visto esa diligencia de modo distinto a como obra en el proceso. No le hizo decir lo que ella no reza. Ciertamente, si se lee su texto con la debida atención, así en lo relativo a las

posiciones cuyo tenor transcribió el sentenciador, como en lo pertinente a los números 12 y 16, tiénese que el absolvente confesó: que su hermano José Miguel le prometió venderle una parte de la finca, cuando los herederos de Benito Posada le otorgasen a aquél la escritura definitiva de la venta que le habían prometido (6a posición); que el absolvente dió a su dicho hermano alguna cantidad de dinero para asegurar la venta que éste le había prometido de una parte de la finca "La Trinidad" (7a); que el absolvente "se presentó, en el año de mil novecientos cincuenta y uno y en varias ocasiones, a la casa de la señora Inés Posada de Venegas con el fin de proponerle compra de parte de la finca antes referida y que le había prometido vender su hermano José Miguel Copete" (8a); que el deponente "hizo propuesta a la señora Inés Posada de Venegas y demás propietarios de la finca dicha para comprarle una parte de ésta, por cierta cantidad de dinero que no fué aceptada por los propietarios legítimos" (9a.); que el nombrado José Miguel le devolvió al absolvente el dinero que éste le había dado como parte del precio convenido por la porción de la finca "La Trinidad" que el primero iba a vender al segundo, cuando le otorgaran la escritura "sus legítimos dueños" (10a.); que el deponente "estuvo en distintas oportunidades en la oficina del abogado de la señora Inés Posada de Venegas y demás propietarios de la finca indicada para convenir con él los términos en que debía quedar redactada la promesa de venta sobre una porción de ese inmueble que usted (Carlos Copete Rodríguez) quería adquirir" (12a.); que éste pretendía comprar a Inés Posada de Venegas y demás propietarios de la finca "La Trinidad", "la porción que está actualmente ocupando" (15); y que "esa parte de la aludida finca está comprendida dentro de los linderos generales del globo que le fue prometido en venta a su hermano José Miguel Copete" (16).

Examinando esta absolución de posiciones, el Tribunal encontró que por ella el deponente confesó haber ejecutado hechos que implican reconocimiento de dominio ajeno, es decir que cuando ejecutó tales hechos reconocía la existencia del dominio en cabeza de personas distintas del confesante. Y sobre esta conclusión de hecho, que se ajusta a la evidencia de lo que expresa la absolución de las posiciones, montó el Tribunal los

considerandos de derecho en que se funda la decisión.

Si el absolvente agrego, al contestar a las preguntas 6a, 7a, 8a y 15a, la circunstancia de que había hecho las propuestas de compra a que esas preguntas se refieren, "para obtener un título definitivo" y "no tener que iniciar este juicio", el Tribunal no desconoció en ningún momento semejante agregación, sino que se ocupó de ella para interpretarla, entendiendo que tales circunstancias no desvirtúan el hecho confesado, generador del reconocimiento de las propuestas de compra a los legítimos dueños del terreno, lo cual —dice el sentenciador— es reconocer la existencia del título de dominio en cabeza de otras personas.

No encuentra, pues, la Corte, en parte alguna, el error de hecho que el recurrente le imputa al Tribunal en la estimación de la prueba de confesión resultante de las posiciones que se contemplan; y, en esa virtud, dentro de los límites del recurso extraordinario a que está sometida la Corte —límites que le fija el libelo acusatorio—, no tiene ella base para estudiar si la norma de derecho sustancial a que el impugnante se refiere como violada por consecuencia del error de hecho alegado, fué infringida o no por el sentenciador. Porque es claro que si no se tiene la causa, que lo sería el error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, mal puede darse el quebranto del derecho sustancial, como efecto de aquel error que no existe.

La circunstancia de que no obre en el expediente la prueba de que fuesen propietarios de la finca Inés Posada de Venegas y otros, a quienes el absolvente de las posiciones refirió sus propuestas de compra como a dueños del inmueble, en la época en que dijo haberlas presentado, no acusa ningún error de hecho, en la estimación de la confesión, cual lo pretende el recurrente. Porque el Tribunal en ningún momento tomó esa confesión como prueba del dominio de persona alguna sobre el predio que se litiga —lo que de haber ocurrido así hubiera constituido un error de derecho probatorio, que no se estructuró en el recurso—, sino que apenas consideró tal confesión, como demostrativa del estado psicológico o animus del absolvente para la época en que dijo haber hecho sus propuestas de compra a quienes consideró como legítimos propietarios del fundo, lo que para el Tribunal implica que el

absolvente no se consideraba entonces como dueño del predio, no obstante la agregación aclaratoria que hiciera del motivo de su confesión, agregación que para el juzgador era una explicación del hecho confesado constitutivo del reconocimiento de dominio ajeno, pero que, aún considerándola inseparable de la deposición en lo principal, no tenía eficacia para modificar tal hecho o desvirtuarlo.

Ante la consideración del Tribunal, de que los hechos confesados por el actor, constitutivos de un reconocimiento de la existencia del título de dominio en cabeza de otros producían los efectos jurídicos señalados en el ordinal 3o. del artículo 2531 del Código Civil, esto es "los de impedir que se torne en 'posesión de buena fe la mera tenencia'", interfiriendo la realización del fenómeno denominado "Intervención del título", alega el recurrente que no existe en el expediente título alguno en que figure el demandante como un tenedor del demandado, es decir que no hay antecedente que "pudiese servir por tanto para atribuir sin error de hecho al actor la calidad de tenedor".

Pero, si bien se mira, el razonamiento del sentenciador no parte de que hubiera encontrado en el expediente un título específico de tenencia otorgado por el actor a favor del demandado, cuya prueba en manera alguna invoca, sino que, al determinar el tratamiento jurídico a que quedaba sometida la situación resultante de los actos de reconocimiento de dominio ajeno por parte del actor, conforme a su confesión en posiciones, estimó que ello produce los efectos jurídicos previstos en el ordinal 3o del referido precepto. Es decir que, para el juzgador, la especie contemplada era regulable mediante la aplicación de lo dispuesto en tal norma.

Trátase, pues de una conclusión en punto de derecho sustancial, que no se muestra ocasionada por error de hecho en la estimación de la prueba, no siendo entonces susceptible de ataque por este motivo, cual lo ha intentado el acusador.

No menos improcedente se ofrece el cargo por error evidente de hecho en la apreciación de la prueba de indicios, a que se refiere el final de la parte considerativa del fallo. Porque, fuera de que el sentenciador no tomó esta prueba como principal, sino como corroborativa de la de confesión del

demandante en posiciones, que es la que se ostenta como básica del proveído y cuya estimación ha quedado ilesa, cabe observar lo siguiente: que no se encuentra que el Tribunal hubiese sacado las circunstancias indiciarias sobre que elaboró su razonamiento al respecto, de medios probatorios no existentes en el juicio. En efecto: obra en éste, en sendas copias formales, respectivamente solicitadas como prueba por ambas partes, la promesa de compraventa entre José Miguel Copete y los llamados herederos de Benito Posada. En cuanto a la promesa de compraventa entre el actor y su hermano José Miguel Copete Rodríguez, que es hecho admitido por el demandante al absolver las posiciones 6a, 7a y 10a, de las que le fueron propuestas por el demandado, es claro que la confesión del absolvente no podría tener eficacia alguna para demostrar la existencia de esa promesa en juicio alguno en que se pretendiera hacerle producir sus efectos en uno u otro sentido (art. 89 ley 153 de 1887). Mas, en el caso del pleito, la confesión así provocada y obtenida no se encaminó a semejante resultado, extraño completamente al presente litigio, sino a la demostración de que el absolvente había intentado un acto que implicaba el reconocimiento de dominio ajeno. Es decir que, tratándose de una circunstancia psicológica o intencional, la confesión del absolvente sí podía tomarse como prueba de ello. Por último, en cuanto a la confesión de José Miguel Copete acerca de haber recibido dinero de Carlos por cuenta del convenio celebrado con éste, si bien se hace derivar de una absolución de posiciones en juicio distinto, es lo cierto que la copia de esta diligencia fue aquí solicitada como prueba por ambas partes; y, sobre todo, que el hecho de ese pago, está acreditado por la confesión del propio actor, rendida al absolver posiciones en el presente juicio (7a y 10a).

Por lo demás, la ponderación de los hechos indiciarios, en orden a determinar si satisfacen las calidades previstas en el artículo 665 del C. J., es tarea privativa del juzgador de instancia, investido de poder discrecional al efecto, cuyo dictamen se mantiene intocable en casación, mientras no se le convenza de contraevidencia o de violación de las normas que regulan el valor de esta especie probatoria. Y en el punto, no se encuentra que la obra dialéctica del Tribunal peque contra la lógica, ni contra ella se ha ensayado cargo por yerro

de valoración legal, que tampoco resultaría asomarse a los autos.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., *Secretario.*



TRANSACCION

Juez de mérito.— Actividad intelectual y material que debe realizar dentro del proceso y error in procedendo o error in iudicando en que puede incurrir durante su desarrollo.— La sentencia absolutoria no puede ser acusada de incongruencia.— Sociedad comercial.— Escritura social, registro y publicación del extracto, efectos de la omisión de éstas formalidades constitutivas, inoponibilidad a terceros, reforma del contrato social y disolución de la compañía antes del vencimiento del término estipulado.— La omisión del registro de la reforma de una sociedad no ocasiona nulidad.— Transacción.— Definición, clasificación de este contrato y sus elementos específicos.— Mandato judicial para transigir y exigencia de la individualización de los bienes.— La norma que sólo da definiciones no es susceptible de quebranto para los efectos de la casación. Carácter del artículo 2469 del C. Civil.

1.— En el ejercicio de su función el Juez de mérito está llamado a realizar dentro del proceso dos clases de actividades. De un lado, dirige y dispone la ejecución, por sí mismo o por las partes, según el caso, de aquellos actos formales y sucesivos que, conforme a la ley, concurren a la instrucción y formación de un proceso. Es esta una actividad material que se encamina a estructurar la litis y a recoger elementos de prueba para dirimir el conflicto planteado. De otra parte, una vez instruido el proceso, el Juez debe examinar los materiales acumulados en él, confrontar el caso allí propuesto con el previsto por las normas sustanciales y exponer los razonamientos que conducen a dar en la sentencia una solución al litigio. Esta segunda actividad es de orden mental y lógico, porque se desarrolla toda en el pensamiento del juzgador mediante operaciones estrictamente intelectuales.

El desarrollo de la actividad material puede dar lugar a que el Juez o las partes incurran en la omisión de un acto procesal o en su cumplimiento defectuoso y a que se produzca así un vicio en la formación o estructura del proceso. Estos vicios de actividad son conocidos con el nombre de errores in procedendo y pueden, en algunos casos taxativamente señalados por la ley, afectar de invalidez el litigio y dar base para acusar en casación la sentencia. También en el desarrollo de su actividad intelectual o lógica puede el Juez cometer un error sobre la aplicación o el sentido de una norma sustancial e incurrir por ello en un vicio de razonamiento o error in iudicando.

La solicitud, el decreto y la producción de las pruebas en un juicio, son actos que corresponden a la actividad material del Juez y de las partes; pero el examen y calificación de los medios de prueba recogidos no hacen ya

parte de esa actividad procesal, sino de la actividad intelectual o lógica del mismo Juez, de modo que cuando éste omite estudiar y ponderar una prueba en la sentencia, no incurre por ello en un error in procedendo, sino que puede cometer un vicio de juicio o error in iudicando como consecuencia de tal omisión. De aquí que el art. 448 del C. Judicial no haya erigido en causal de invalidez procesal el hecho de que el juez olvide en la sentencia el estudio de las pruebas producidas en el juicio.

El examen y la valoración de las pruebas se hacen en la sentencia, y su omisión no constituye un error in procedendo, ni está erigida en causal de invalidez, ni equivale a la falta de un requisito indispensable para el agotamiento de una cualquiera de las dos instancias del juicio.

2.— En sentido general el vocablo absolver significa lo contrario de condenar, y en términos jurídicos equivale a declarar inocente o libre a un reo de los cargos que se le formulan en un proceso penal. En materia civil la sentencia absolutoria entraña la denegación de las pretensiones del demandante, de modo que al quedar decididas en esa forma desestimatoria las súplicas de la demanda, ha de entenderse que la absolución del demandado lleva implícita la declaración de que éste queda libre de las pretensiones referidas.

En múltiples ocasiones ha sostenido la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser acusada de incongruente, porque ella implica la denegación tácita de las peticiones de la demanda, y porque, resueltas estas súplicas en esa forma desestimatoria, el fallo queda por lo mismo inmune del cargo de haber decidido sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo demandado (ultra petita), o sobre menos de lo que se pidió (mínima petita).

3.— El artículo 472 del C. de Comercio

estatuye que "la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios". Este precepto se refiere de manera expresa a la omisión de "la escritura social", esto es, del instrumento por el cual se constituye o forma la sociedad. Alude también a la omisión de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, o sea al registro y publicación del extracto. De cuál extracto? El texto de aquella norma y su relación con los artículos que la preceden y le siguen, permiten entender que el extracto a que hace referencia es el de la misma escritura social, es decir, el de la escritura constitutiva de la compañía. La omisión de este instrumento o la del registro o publicación de su extracto, es lo que produce entre los socios la nulidad absoluta del contrato de sociedad.

Se confirma aún más esta inteligencia del artículo 472 cuando se lo confronta con el 480 *ibidem*, que es de este tenor: "Los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465, no producen efecto alguno contra terceros si no fueren escriturados, registrados y publicados en la forma que designa el artículo 470". Esta norma se refiere, ya no al acto constitutivo de la sociedad, sino a los actos de modificación o reforma del contrato social y de disolución de la compañía antes de la expiración del término estipulado. Estos actos son también solemnes, porque requieren ser consignados por escritura pública y que su extracto se registre y publique.

Los mismos artículos 472 y 480 consagran sendas sanciones: el artículo 472, como queda visto, hace referencia a la escritura constitutiva de la sociedad y al registro y publicación de su extracto, y sanciona con la nulidad absoluta del contrato social la omisión de estas solemnidades iniciales.

El 480 alude a los actos de modificación o reforma del citado contrato social y a la disolución de la compañía antes de vencido el término estipulado y dispone que esos actos no son oponibles a terceros si no fueren reducidos a escritura pública, registrados y publicados. La inobservancia de estos requisitos está sancionada con la inoponibilidad de aquellos actos a terceros. En un caso, la falta de cualquiera de las formalidades constitutivas de la compañía, acarrea la nulidad absoluta del contrato social; en el otro caso se sanciona, no con nulidad, sino con su inoponibilidad a terceros los actos de reforma de los estatutos sociales o de disolución prematura de la compañía si se omite escriturar, registrar o publicar tales actos.

4.— La transacción, como lo tiene dicho la Corte (XLVIII, 1948, 268), no es un contrato solemne, sino simplemente consensual, salvo que afecte bienes raíces. Se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes y puede ser comprobado por cualquier medio probatorio, con la única restricción de la prueba testimonial cuando el valor del convenio excede de quinientos pesos. Teniendo carácter

consensual y no solemne, puede celebrarse verbalmente o por documento privado o público, de modo que ningún precepto legal se quebranta cuando se lo consigna por escritura pública. Además y según el tenor del art. 2469 del C. Civil, la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo regular se asienta el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (C. C. 1625 y 2469).

5.— El mandato para transigir un litigio eventual o pendiente faculta al mandatario para concertar la transacción en forma verbal o por escrito privado o público y dentro o fuera del proceso que haya en curso.

Conforme a lo prescrito por los artículos 2158 y 2471 del C. Civil, el mandato no confiere naturalmente la facultad de transigir; para ello se requiere un poder especial, es decir, la autorización expresa del mandante para que el mandatario celebre una transacción. El inciso 2o. del citado artículo 2471 dispone además que en el poder especial conferido al mandatario "se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir".

En casación de 28 de febrero de 1896 (XI, 560, 318) expresó la Corte que en el mandato judicial la especificación exigida por el artículo 2471 del C. Civil "no ha de consistir precisamente en determinar uno a uno los bienes que han de ser materia de la transacción. Es bastante una especificación en términos generales". Y refiriéndose al mismo punto dijo también la Corte en casación de 17 de febrero de 1958 (LXXXVII, 2193, 54): "Es bastante para colmar la finalidad de la ley que en el título de procuración otorgado al mandatario judicial aparezca expresamente la facultad de transigir, para que se cubra así tanto la necesidad de poder especial para ello, como la exigencia de que estén especificados los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir, puesto que de una parte existe la certidumbre de que el mandatario está capacitado por el mandante para transigir, y por el aspecto restante no habrá duda de que los bienes, derechos y acciones no son otros, ni podrían serlo, que los vinculados al respectivo juicio".

De acuerdo con esta orientación, el poder especial para un pleito no confiere naturalmente la facultad de transigir; pero si en él se otorga esta facultad de manera expresa, no se requiere que se la acompañe de una especificación de los bienes, derechos y acciones sobre que puede recaer la transacción, sino que habrá de entenderse que ésta sólo podrá versar sobre los bienes, derechos y acciones que en la litis aparezcan singularizados. En la procuración judicial, la exigencia de la especificación de bienes que debe acompañar a la facultad de transigir, queda, pues, satisfecha con la individualización de los bienes sobre que versa el litigio.

6.— El artículo 2469 del C. Civil define la transacción diciendo que “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Esta definición ha sido tildada de enexacta y deficiente, porque, de una parte, le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines. En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté aún en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas., diciembre 12 de 1938, XLVII, 1943, 479 y 480; cas., junio 6 de 1939, XLVIII, 1948, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Cabe recordar además que, como también lo ha dicho la Corte, la transacción suele presentarse combinada con otras figuras jurídicas auxiliares y que no se la debe confundir con fenómenos afines, tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una demanda, el desistimiento, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, el compromiso y el laudo arbitral (LXV, 2070, 634, y XC, 2211, 671).

7.— La Corte tiene establecido que las normas que sólo dan definiciones de fenómenos jurídicos, no son susceptibles de quebranto para los efectos de la casación, porque la idea de ley sustancial se refiere a aquellos preceptos que son atributivos o declarativos de derechos de naturaleza subjetiva y no a las disposiciones legales que se reducen a describir los elementos integrantes de una figura jurídica (Cas., agosto 29 de 1947, LXII, 2050, 736, Cas., septiembre 30 de 1955, LXXXI, 2157, 216).

8.— El artículo 2469 del C. Civil no es

atributivo de un derecho sustancial, sino meramente descriptivo del fenómeno de la transacción.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D.E., mayo seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava)

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de abril de 1962, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en este juicio ordinario de Martín Torres Sanabria contra Arturo Ríos García, José Sarmiento Mantilla, Roberto Rueda Parra, María Eustaquia Roldán, Carmen González de Pereira, Rosana Jaramillo y otros.

ANTECEDENTES

1) — Por la escritura No 217, extendida en la Notaría Segunda de San Gil el 20 de marzo de 1954, los señores Martín Torres Sanabria, María Eustaquia Roldán y Luis Francisco Ardila constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón social de “Lavandería Francesa, Limitada”, con domicilio en la misma ciudad de San Gil y con capital de \$ 33.000,00, aportado por partes iguales por los socios Torres Sanabria y Roldán. El señor Ardila entró como socio industrial, con derecho a la mitad de las utilidades líquidas. En las cláusulas duodécima y décimasexta de los estatutos de la compañía se estipuló que ésta se disolvería, entre otras causas, por la muerte de uno de los socios y que su liquidación se realizaría por un liquidador designado por la mayoría de los socios.

2) — En el mes de julio del propio año de 1954 falleció el socio Ardila a consecuencia de un accidente que tuvo con el socio Torres Sanabria.

3) — Dentro de la investigación penal que se instruyó por la muerte del socio Ardila, el Juez Superior de San Gil decretó, a petición de su Fiscal colaborador, el embargo del derecho o interés social que en la sociedad “Lavandería Francesa, Limitada” correspondía al socio Torres Sanabria y señaló los bienes de esta compañía en que se hallaba radicado ese interés. También dispuso el

secuestro de dichos bienes, medida a que se opuso la socia María Eustaquia Roldán, en cuyo poder quedaron esos bienes.

4) - La viuda del difunto socio Ardila, señora Rosana Jaramillo, obrando en su propio nombre y representación de sus menores hijos, promovió por conducto de su apoderado, doctor Arturo Ríos García, un juicio ordinario contra los socios Torres Sanabria y Roldán a fin de que se decretara y practicase la liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada".

5) - Los socios demandados Martín Torres y María Eustaquia Roldán confirieron poder al doctor José Sarmiento Mantilla para que los representara en el referido juicio de liquidación de la compañía.

6) - Por la Escritura No 734, otorgada ante el Notario Segundo de San Gil el seis de noviembre de 1954, los doctores Arturo Ríos García y José Sarmiento Mantilla, obrando como mandatarios de las partes en el juicio de liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada", expresaron que, con el ánimo de transigir ese juicio y ponerle fin, de común acuerdo declaraban disuelta y en estado de liquidación esa compañía y designaban liquidador de la misma al señor Roberto Rueda Parra, quien, hallándose presente, manifestó aceptar dicho cargo.

7) - Por la Escritura No 497, pasada ante el Notario Primero del Socorro el 15 de noviembre de 1954, la señora María Eustaquia Roldán cedió a la señora Carmen Rosa González de Pereira el interés social que tenía en la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada", en liquidación.

8) - El juicio sobre liquidación de esta compañía concluyó con la sentencia de cuatro de diciembre de 1954, en la cual se denegó esa liquidación por no haberse comprobado en debida forma la existencia de tal sociedad.

9) - En documento privado de doce de febrero de 1955 se hizo constar un contrato mediante el cual el señor Roberto Rueda Parra, obrando como liquidador de la sociedad, dio en venta a la nombrada Carmen González de Pereira, en la suma de \$30.000.00, las planchas, máquinas, instrumentos y demás bienes y enseres, incluso una camioneta marca Ford, que pertenecían a la misma compañía. Se hizo constar también allí que la compradora tenía recibidos esos bienes desde el 15 de octubre de 1954.

10) - Por la Escritura No 204, extendida ante el Notario Segundo de San Gil el 21 de abril de 1955, el citado Roberto Rueda Parra llevó a cabo la liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada", haciendo constar que el saldo líquido consistía en la cantidad de \$29.044.00, que de este guarismo correspondía a cada uno de los socios capitalistas Martín Torres y Carmen Rosa González (cesionaria de María Eustaquia Roldán) la suma de \$14.522.00, que al difunto socio industrial Luis Francisco Ardila nada le tocaba por no existir utilidades y que retenía en su poder el valor correspondiente al socio Torres Sanabria por hallarse embargado dentro de la causa criminal que contra éste se adelantaba por la muerte del nombrado socio Ardila. Los doctores Arturo Ríos García y José Sarmiento Mantilla declararon en el mismo instrumento que, en su calidad de apoderados de las partes en el juicio sobre liquidación de la compañía dicha, aceptaban y ratificaban la practicada por el señor Rueda Parra y dejaban a éste a paz y salvo.

EL LITIGIO

Tres años más tarde, esto es, el 26 de junio de 1958, el señor Martín Torres Sanabria demandó ante el Juez Civil del Circuito de San Gil a los señores doctor Arturo Ríos García, doctor José Sarmiento Mantilla, Roberto Rueda Parra, María Eustaquia Roldán, Carmen Rosa González de Pereira y a la señora Rosana Jaramillo, en su propio nombre y como madre de los menores hijos del extinto Luis Francisco Ardila, señores Yolanda, Gerardo, Mery, Warruy, Rubria y Walker Ardila Jaramillo, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran las declaraciones siguientes:

"1o - Que son nulos los actos o manifestaciones contenidos en las Escrituras Públicas números 734 y 204, otorgadas en la Notaría Segunda del Circuito de San Gil el seis de noviembre de 1954 y el 21 de abril de 1955, respectivamente;

"2o - Que el contenido de la cláusula sexta de la Escritura No 734, antes referida, no implica transacción del juicio a que se refiere el punto cuarto de la misma, ni puso fin al juicio; y la declaración de disolución de la sociedad comercial Lavandería Francesa Ltda. y de quedar ésta en período de liquidación, no tiene efecto jurídico alguno;

"3o — Que es nulo el nombramiento de liquidador hecho en la persona del señor Roberto Rueda Parra, hecho en la cláusula séptima de la misma escritura, y de consiguiente la liquidación que tal señor verificó, consignada en la Escritura No 204, referida en el punto primero de esta parte petitoria:

"4o — Que es nula, de nulidad absoluta, la venta de los bienes muebles de la sociedad comercial Lavandería Francesa Ltda., hecha a la señora Carmen González de Pereira por el liquidador Roberto Rueda Parra por la suma de treinta mil pesos (\$30.000.00), constatada en la cláusula tercera de la Escritura No. 204, de abril 21 de 1955, de la Notaría Segunda de San Gil, previamente consignada en documento privado;

"5o — Que la señora Carmen González de Pereira está obligada a restituir, en el término legal, a la sociedad comercial Lavandería Francesa Ltda., ilíquida, todos los bienes muebles que compró y recibió del liquidador Roberto Rueda Parra por la suma de treinta mil pesos, venta constatada en el documento privado que firmó el doce (12) de febrero de 1955, con todos sus frutos naturales y civiles;

"6o — Que los doctores Arturo Ríos García y José Sarmiento Mantilla y los otros demandados están obligados solidariamente a pagar, dentro del término legal, al señor Martín Torres Sanabria, por perjuicios recibidos de sus actuaciones ilegales, la suma de sesenta y cinco mil pesos (\$65.000.00) en que estima el daño emergente y el lucro cesante, en su carácter de socio capitalista de la sociedad comercial Lavandería Francesa Ltda. perjudicado".

Fuera de los antecedentes relacionados, la demanda expone otros hechos y consideraciones en que se expresa que, al declarar disuelta y en liquidación la sociedad, los doctores Ríos García y Sarmiento obraron sin el conocimiento del socio Martín Torres, quien tampoco ha ratificado lo hecho por ellos; que el nombramiento de liquidador no se hizo en la forma prevista por los estatutos de la compañía; que el liquidador Rueda Parra no obró con arreglo a lo dispuesto por la ley; que los bienes vendidos por el mismo liquidador a la señora González de Pereira estaban a la sazón embargados y secuestrados, es decir, fuera del comercio, y no podían por tanto ser objeto lícito de venta; que la facultad de transigir que se les confirió a los

mismos abogados Ríos García y Sarmiento sólo se refería al juicio de liquidación y que de consiguiente ellos no podían obrar extrajudicialmente, como lo hicieron; que dichos mandatarios se excedieron en el ejercicio de las facultades que les fueron otorgadas; que en la Escritura No 734, citada, no se dijo sobre qué se transigía, que nada había para transigir entre las partes y que el acto consignado en ese instrumento no constituye una transacción; que no se cumplieron los requisitos de registrar y publicar los extractos de las Escrituras números 734 y 204; que en la Lavandería Francesa había bienes que pertenecían exclusivamente al señor Torres Sanabria, y que con los actos mencionados se le causaron perjuicios a este mismo demandante.

Los demandados, con excepción de la señora María Eustaquia Roldán, contestaron la demanda aceptando unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones del actor.

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia con el fallo de 14 de junio de 1961, por el cual se absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon y se condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Apelado por el mismo actor el fallo de primer grado y surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil profirió la sentencia de 24 de abril de 1962, por la cual se confirmó la decisión recurrida y se condenó también en costas al demandante.

La sentencia del Tribunal expone los antecedentes y términos de la litis, relaciona todas las pruebas allegadas por las partes, recuerda las razones capitales del fallo de primera instancia y aborda enseguida el estudio de las cuestiones planteadas en el mismo juicio.

No comparte la sentencia el argumento de que la pretensión central de este litigio consiste en la nulidad de la liquidación de la compañía que se practicó por la Escritura No 204, de abril 21 de 1955. Estima por el contrario que lo fundamental de la disputa radica en el pedimento de nulidad de la transacción que se acordó por la Escritura No 734, de noviembre seis de 1954. Sobre esta base procede el fallo a estudiar si los

apoderados de las partes en el juicio de liquidación de la compañía, estaban o no autorizados para transigir esa litis, y, recordando las pruebas aducidas, expresa que dichos mandatarios sí habían recibido la facultad de celebrar la transacción que consignaron en la Escritura No. 734. Sostiene además que, de acuerdo con lo prescrito por el art. 2469 del C. Civil, la transacción es un acto extrajudicial, aunque requiere ser probada dentro del juicio pendiente para que allí produzca los efectos procesales que le son inherentes. Agrega que en el juicio de liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada" hubo oposición de los demandados y existían diferencias que podían ser y que fueron materia de la transacción celebrada por el instrumento público citado. Anota asimismo que, si bien en los poderes conferidos a los mandatarios Ríos García y Sarmiento no se dijo que sus acuerdos transaccionales podían consignarlos en escritura pública, esta facultad se hallaba implícita en la autorización que se les dió para transigir la litis mencionada.

Acerca del punto relativo a las formalidades concernientes a la disolución de una compañía, dice la sentencia que tal disolución debe darse a conocer de los terceros en la misma forma solemne en que se dió noticia de la constitución de la sociedad cuando la misma disolución se produce por una causa distinta de la expiración del término de duración; pero sostiene que, conforme a lo dispuesto por los arts. 465 y 480 del C. de Comercio, la omisión del registro del extracto correspondiente a la escritura de disolución no está sancionada con la nulidad de ese mismo acto de disolución, sino con su inoponibilidad a terceros.

Examina la cuestión de si el doctor Ríos García, como apoderado de la señora Rosána Jaramillo y de sus menores hijos, podía ajustar en nombre de éstos la transacción del juicio sobre liquidación de la compañía y expresa que no encuentra razones de orden legal que les impidieran a la madre de aquellos menores y a su mandatario concertar dicha transacción cuando no había inmuebles entre los bienes de la sociedad y cuando con la liquidación de ésta sólo se buscaba el reparto de las utilidades que les pudieran corresponder a los mismos menores como herederos de su extinto padre Luis Francisco Ardila, utilidades que ni siquiera recibieron

porque no las hubo.

Se refiere por último a la venta de los bienes de la sociedad hecha por el liquidador Rueda Parra a la señora Carmen González y dice que ese contrato no quedó afectado de nulidad, porque lo embargado en la causa penal contra Torres Sanabria fué el interés social de éste en la compañía y no los bienes dichos. Fuera de que la prohibición de enajenar bienes embargados se encamina a proteger a los acreedores y que en este caso no se perjudicó, sino que se favoreció a la cónyuge y a los herederos del difunto socio Ardila con la venta de los bienes referidos.

Concluye la sentencia diciendo que por las razones expresadas, no pueden prosperar las pretensiones del demandante Torres Sanabria.

EL RECURSO DE CASACION

El mismo demandante formula contra la sentencia del Tribunal los tres siguientes cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.— Consiste en haberse incurrido dentro del juicio en la causal de invalidez llamada incompetencia de jurisdicción.

El Juez de la primera instancia advirtió que no se había registrado la Escritura No 204, de abril 21 de 1955, en la cual se consignó la liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada" y consideró que la nulidad de esa liquidación constituía la súplica primordial de la demanda, que por la omisión del registro del instrumento mencionado no podía prosperar ese pedimento y que ello lo relevaba de examinar las demás solicitudes del libelo y las pruebas aducidas para acreditarlas. El recurso estima que, por falta del estudio de las pruebas allegadas por el demandante, no se agotó ni se surtió la primera instancia del juicio y que de consiguiente el Tribunal no adquirió jurisdicción para decidir este mismo negocio en segundo grado. Como dicho Tribunal entendió en la litis sin tener competencia para ello, se incurrió por esta causa en la nulidad denunciada y se violaron los arts. 26 de la Constitución Nacional y 471 del C. Judicial.

"Entiendo —dice el impugnante— que la primera instancia no sólo se constituye por las formas de la demanda, traslados, apertura a prueba, alegatos, sino también por el estudio y análisis de las pruebas producidas, que el juzgador está obligado a hacer para producir

las razones de justicia como fundamento de la sentencia”.

El sentenciador de primer grado no estudió ni analizó las pruebas allegadas por el actor, sino que se consideró exonerado de ello, no obstante que el art. 471 del C. Judicial lo obligaba a realizar tal estudio. Al omitirse la formalidad del examen de las pruebas, dejó de producirse la primera instancia del proceso, y, “si no se produjo la primera instancia —dice el recurso— formalidad exigida en el juicio, sin la cual no puede haber segunda, el H. Tribunal no adquirió jurisdicción para conocer del asunto: adolecía de incompetencia de jurisdicción: causal sexta de casación, por haberse incurrido en una de las causales de nulidad de que trata el art. 448 C. J.”.

“Como el H. Tribunal conoció y falló el asunto en tales condiciones, violó el art. 26 de la Constitución que le prohibía hacerlo y el art. 471 C. J., que le exigía el cumplimiento de las formalidades que deliberadamente no cumplió el señor Juez a quo’.

La Corte considera:

En el ejercicio de su función el Juez de mérito está llamado a realizar dentro del proceso dos clases de actividades. De un lado, dirige y dispone la ejecución, por sí mismo o por las partes, según el caso, de aquellos actos formales y sucesivos que, conforme a la ley, concurren a la instrucción y formación de un proceso. Es esta una actividad material que se encamina a estructurar la litis y a recoger elementos de prueba para dirimir el conflicto planteado. De otra parte, una vez instruido el proceso, el Juez debe examinar los materiales acumulados en él, confrontar el caso allí propuesto con el previsto por las normas sustanciales y exponer los razonamientos que conducen a dar en la sentencia una solución al litigio. Esta segunda actividad es de orden mental y lógico, porque se desarrolla toda en el pensamiento del juzgador mediante operaciones estrictamente intelectuales.

El desarrollo de la actividad material puede dar lugar a que el Juez o las partes incurran en la omisión de un acto procesal o en su cumplimiento defectuoso y a que se produzca así un vicio en la formación o estructura del proceso. Estos vicios de actividad son conocidos con el nombre de errores *in procedendo* y pueden, en algunos casos taxativamente señalados por la ley, afectar de

invalidez el litigio y dar base para acusar en casación la sentencia. También en el desarrollo de su actividad intelectual o lógica puede el juez cometer un error sobre la aplicación o el sentido de una norma sustancial e incurrir por ello en un vicio de razonamiento o error *in iudicando*.

La solicitud, el decreto y la producción de las pruebas en un juicio, son actos que corresponden a la actividad material del juez y de las partes; pero el examen y calificación de los medios de prueba recogidos no hacen ya parte de esa actividad procesal, sino de la actividad intelectual o lógica del mismo juez, de modo que cuando éste omite estudiar y ponderar una prueba en la sentencia, no incurre por ello en un error *in procedendo*, sino que puede cometer un vicio de juicio o error *in iudicando* como consecuencia de tal omisión. De aquí que el art. 448 del C. Judicial no haya erigido en causal de invalidez procesal el hecho de que el juez olvide en la sentencia el estudio de las pruebas producidas en el juicio.

El examen y la valoración de las pruebas se hacen en la sentencia, y su omisión no constituye un error *in procedendo*, ni está erigida en causal de invalidez, ni equivale a la falta de un requisito indispensable para el agotamiento de una cualquiera de las dos instancias del juicio.

En el caso presente, el juez del conocimiento no estudió unas pruebas porque consideró innecesario su análisis, pero esta circunstancia no implica que hubiera dejado de agotarse esa primera instancia ni que el sentenciador de segundo grado careciera de jurisdicción para decidir el negocio en virtud de la apelación interpuesta por el demandante. Esa primera instancia se surtió en forma regular y el Tribunal sí adquirió jurisdicción para entender en el juicio. Lo cual obliga a concluir que aquí no se produjo la nulidad que alega el recurso y que por tanto este primer cargo carece de fundamento.

Segundo cargo.— Se hace consistir en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Sobre este motivo expresa el recurso que, ante todo, en el segundo punto de la demanda se solicitaron las declaraciones de que el contenido de la Escritura No 731, de noviembre seis de 1954, no constituye una transacción y de que carece de efecto la

manifestación de haberse disuelto y de hallarse la sociedad en estado de liquidación. El fallo no decidió sobre estas súplicas en la forma prescrita por el art. 471 del C. Judicial y, "no habiendo fallado la segunda petición de la demanda —dice el recurso— no puede decirse que la sentencia está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; el demandante pidió la declaración del segundo punto; los juzgadores no la hicieron; no hay consonancia entre la sentencia y lo demandado; queda demostrada la segunda causal de casación del artículo 520 del C.J."

Continúa el recurrente diciendo que, en segundo término, en los puntos primero y tercero de la misma demanda se solicitó la declaración de unas nulidades, que la sentencia tampoco resolvió estos pedimentos como lo prescribe el citado art. 471, sino que absolvió a los demandados, y que por este motivo dicho fallo no guarda armonía con la demanda. No se sabe si el pronunciamiento absolutorio entraña que son válidos los actos cuya nulidad se impetra y si la sentencia produce cosa juzgada. Enseguida añade el impugnante: "Absolver, entiendo, quiere decir librar de alguna obligación al demandado. Las peticiones aludidas no reclaman ninguna obligación de los demandados; sólo reclaman sea declarado un hecho, un estado jurídico; no dicen que los demandados sean condenados; sólo piden que se declaren unas nulidades con su audiencia; luego respecto de tales peticiones no es concordante la absolución de los demandados. La consonancia de la sentencia con lo pedido la establecería la resolución que diga que son o no nulos los actos acusados de nulidad. Si se pidiera que se condene a los demandados, bien estuviera que se les absuelva; pero si se pide que con audiencia de los demandados se declare un hecho, un estado jurídico, lo indicado es que se conceda o se niegue lo pedido".

De estas consideraciones concluye el recurso que la sentencia no es congruente con la demanda.

SE CONSIDERA:

En sentido general el vocablo *absolver* significa lo contrario de condenar, y en términos jurídicos equivale a declarar inocente ó libre a un reo de los cargos que se le formulan en un proceso penal. En materia civil la sentencia absolutoria entraña la

denegación de las pretensiones del demandante, de modo que al quedar decididas en esa forma desestimatoria las súplicas de la demanda, ha de entenderse que la absolución del demandado lleva implícita la declaración de que éste queda libre de las pretensiones referidas.

En múltiples ocasiones ha sostenido la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser acusada de incongruente, porque ella implica la denegación tácita de las peticiones de la demanda y porque, resueltas estas súplicas en esa forma desestimatoria, el fallo queda por lo mismo inmune del cargo de haber decidido sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo demandado (ultra petita), o sobre menos de lo que se pidió (minima petita).

En el caso presente la sentencia absolvió a los demandados, y esa absolución conlleva la denegación de las súplicas de la demanda, las cuales quedaron así resueltas. Por su carácter totalmente absolutorio, ese fallo resulta exento del vicio de incongruencia, de manera que el cargo contrario que el recurso formula contra él carece también de fundamento.

Tercer cargo.— Versa sobre la violación de los arts. 1521, 1602, 1740, 1741, 1746, 2157, 2341, 2469, 2470, 2471 y 2475 del C. Civil, 469, 470, 472 y 480 del C. de Comercio y 20 de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, por aplicación indebida y por interpretación errónea.

Este motivo aparece constituido por varios reparos que el recurso expone del modo siguiente:

a).— Los Drs. Arturo Ríos García y José Sarmiento Mantilla, mandatarios de las partes en el juicio de liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa. Limitada", otorgaron en nombre de sus poderdantes la Escritura No. 734, de seis de noviembre de 1954. En ese instrumento declararon transigir el juicio nombrado, reconociendo que la sociedad se había disuelto por la muerte de uno de los socios, declarándola en estado de liquidación y designado liquidador al señor Roberto Rueda Parra. Los otorgantes dichos debieron presentar un extracto de esa escritura en la Cámara de Comercio para que se lo registrara, así como publicar el mismo extracto, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 469 y 470 del C. de Comercio. Estos requisitos no se cumplieron, y "como estas solemnidades fueron omitidas —dice el recurso— se sigue

que tal omisión produjo la nulidad absoluta entre los socios de la Escritura No. 734 y de los actos contenidos en ella, como lo ordena el art. 472 del mismo Código.

“Como la sentencia acusada no declaró la nulidad pedida, es evidente que ella viola directamente los artículos 472, que formula la nulidad absoluta, los artículos 469 y 470 C. de C., que exigen el cumplimiento de las solemnidades omitidas”.

El demandante Torres Sanabria solicitó la declaración de invalidez de la Escritura No. 734 por la causa anotada, pero la sentencia no decretó esa nulidad, lo cual significa que no oyó al actor, interesado en que se declarara esa nulidad, y violó en consecuencia, por falta de aplicación, el art. 2o. de la Ley 50 de 1936.

La sentencia sostiene que la nulidad consagrada por el art. 472 del C. de Comercio no sanciona sino la omisión del registro y publicación oportunos de la escritura constitutiva de la compañía, pero esta tesis, según el recurso, es inexplicable, porque el precepto citado se refiere a los requisitos que mencionan los arts. 469 y 470 *ibidem*, de manera que la misma norma es aplicable a la omisión de cualquiera de las formalidades que señalan estas últimas disposiciones. El fallo violó estos preceptos al no aplicarlos, así como quebrantó también, por aplicación indebida, el art. 480 al estimar que la omisión de los requisitos de registro y publicación de las escrituras de reforma y disolución de una compañía no está sancionada con la nulidad entre los socios, sino con la inoponibilidad de esos actos a terceros.

b).— Los doctores Ríos García y Sarmiento no tenían facultad para otorgar la Escritura No 734, y la sentencia, al reconocerles personería, apreció en forma errónea los poderes conferidos a dichos abogados y violó así los arts. 2471, 2470, 2469, 2475, 2157 y 1741 del C. Civil y 2o de la Ley 50 de 1936.

En efecto, en la escritura anotada los mandatarios mencionados dijeron celebrar una transacción, reconociendo la muerte de uno de los socios y la disolución de la compañía y expresando que ésta se hallaba en estado de liquidación. Dichos mandatarios estaban autorizados para transigir el juicio de liquidación, pero no para celebrar esa transacción ante Notario, mediante escritura pública, y no vale el argumento de que la

facultad de consignar la transacción en instrumento público iba implícita en los poderes respectivos, porque ello entraña salirse y abusar de los términos del mandato.

“Los abogados —expresa el recurso— no estaban autorizados para la transacción que trataron en la Escritura 734, y la sentencia, al apreciar erróneamente los poderes y estimar que ellos los facultaban para transar, violó el artículo 2471 C. C., que exige que en el poder conferido para transar se especifiquen los bienes sobre que se quiere transigir; y esto seguramente porque la transacción es un contrato, art. 2469 C.C., 1495, y los contratos deben recaer sobre un objeto determinado. Las especificaciones ordenadas por el artículo 2471, citado, no constan en los poderes; indudablemente el juzgador las apreció erróneamente, dándolas por existentes, sin existir; el caso no da lugar a interpretaciones benignas, porque el art. 2471 imperativamente dice que se especificarán en el poder los bienes sobre que se quiere transigir. No especificándolos, el poder es ilegal, no está de conformidad con la ley, y hacer producir efectos jurídicos a un poder ilegal, es incurrir en un error de derecho que conduce a violar los artículos 2157 y 2471 C.C.”.

El recurso expone otras consideraciones sobre el mismo punto y repite que los mandatarios estaban facultados para transigir dentro del juicio de liquidación, pero no fuera de él, como lo hicieron por la Escritura No 734; que dichos apoderados no se ciñeron a los términos de sus mandatos, como lo ordena el art. 2157 del C. Civil, y que en su poderes no se especificaron los bienes sobre que podría versar la transacción, como lo dispone el art. 2471 *ibidem*.

c).— La Escritura No 734, citada, no recoge en realidad ninguna transacción. En efecto, expresaron en ella sus otorgantes que para transigir el juicio de liquidación y ponerle fin, declaraban disuelta y en estado de ser liquidada la sociedad “Lavandería Francesa, Limitada”. Esta compañía se hallaba disuelta por la muerte de uno de sus socios, de modo que este punto no era materia de divergencia y transacción. Por lo demás, en el instrumento aludido no se dice cuál fué el objeto, hecho o derecho transigido, ni qué concesiones recíprocas se hicieron las partes, y, “no apareciendo el objeto de la transacción, es lógico concluir que no hubo transacción; decir

que se transo el juicio sin especificar lo transado, el objeto sobre que recayó la transacción, es decir una cosa sin contenido jurídico”.

Con base en varias doctrinas de la Corte, el recurso destaca algunas de las características de la transacción, recuerda que este contrato exige la existencia de un litigio pendiente o eventual, la voluntad de las partes de ponerle término extrajudicialmente y concesiones mutuas entre las mismas partes, y agrega:

“Nada de esto hubo en la transacción que reza la Escritura 734, por lo cual es lógico concluir que no hubo transacción; no hubo consentimiento de las partes, porque no aparece el poder otorgado legalmente para transar; no hubo desavenencia, disputa o desacuerdo para transar, porque ni existe ni lo manifestaron las partes.

“Por último, la manifestación de disolución de la sociedad no transó el juicio, ni le puso término, porque el objeto del juicio no fue la manifestación de la disolución de la sociedad, sino su liquidación.

“El juicio no tuvo desavenencias, no tuvo disputas, no tuvo oposición qué transar; los hechos fundamentales de la demanda fueron aceptados, no fueron negados; el único hecho contradicho fue la afirmación del demandante de que los demandados no querían la liquidación; las excepciones propuestas no se oponían a la acción, solo se oponían al procedimiento empleado”.

Como, según el recurso, los poderes conferidos a los abogados no los autorizaban para otorgar la Escritura No. 734 y como en el juicio de liquidación de la sociedad no había discrepancias litigiosas que justificaran la transacción consignada en aquel instrumento, la sentencia apreció en forma errónea los poderes y la transacción mencionados y violó con ello los arts. 2471, 2157 y 2469 del C. Civil.

d).— Anulados la Escritura No. 734 y los actos que en ella se consignaron, por omisión de las solemnidades requeridas y porque los abogados carecían de facultad para extender aquel instrumento, quedaban por lo mismo invalidados el nombramiento de liquidador y la consiguiente liquidación de la compañía. Además, la designación de liquidador debía ser hecha y no lo fue por la junta de socios. “La sentencia — afirma el recurso — al no decretar las nulidades pedidas, además de violar los artículos 2157 y 2471 C. C., por

interpretación errónea de los poderes, y los arts. 1740, 1741, viola el 1602 por no tener en cuenta la voluntad de los contratantes ni lo dispuesto en el art. 472 C. de C.”.

e).— La nulidad de la venta de los bienes de la sociedad hecha por el liquidador Rueda Parra a Carmen González de Pereira, es una consecuencia de la invalidez de la Escritura No. 734; pero hay aún otra razón más poderosa para anular esa venta, consistente en que dicho acto tuvo un objeto ilícito, debido a que los bienes de la compañía se hallaban embargados en el momento en que se vendieron. En efecto, el Juzgado Superior de San Gil, que conocía de la causa criminal contra Martín Torres Sanabria por la muerte de Luis Francisco Ardila, decretó el embargo de los derechos que al reo le correspondían en la sociedad “Lavandería Francesa, Limitada”, señaló los bienes de esa compañía en que estaban radicados tales derechos y dispuso secuestrar los mismos bienes. Al secuestro se opuso la socia María Eustaquia Roldán, en cuyo poder quedaron esos bienes. Aún subsisten el embargo y secuestro mencionados.

Aunque la sentencia dice que lo embargado no fueron los bienes aludidos, sino el derecho o interés de Torres Sanabria en el haber social, basta leer la providencia del Juez Superior y la diligencia de secuestro para ver que esta medida recayó sobre los bienes. En seguida dice el recurso: “Conclusión: cuando los bienes fueron vendidos, estaban embargados y secuestrados por orden judicial; constituían un objeto ilícito y su venta fue absolutamente nula. Como la sentencia no hizo esta declaración, por apreciar erróneamente las pruebas del embargo y secuestro de los bienes vendidos, violó los artículos 1521, 1740 y 1741 C. C., por desconocer que los bienes vendidos constituían objeto ilícito por estar embargados y secuestrados, y por tanto el contrato de venta de ellos daba lugar a una nulidad, y nulidad absoluta”.

f).— La restitución de los bienes que fueron objeto de la venta realizada por el liquidador, es una consecuencia de la nulidad de ese contrato. “La sentencia — afirma el recurso — al no decretar la restitución, viola los artículos 1521, 1741 y 1746 C. C., que disponen que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas y secuestradas por orden del Juez, que es de nulidad absoluta la venta de objeto ilícito, que la nulidad da derecho a la

restitución”.

g).— Por último, como el que ha cometido un delito o culpa que causa daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio ocasionado, según el art. 2341 del C. Civil, y como los abogados Ríos García y Sarmiento, el liquidador Rueda Parra y la señora Carmen González de Pereira ocasionaron daños a Martín Torres Sanabria con los actos que ejecutaron, deben indemnizarle a éste dichos perjuicios. En sentir del recurso, la sentencia violó el citado art. 2341 al no condenar a los demandados a resarcir aquellos perjuicios.

La Corte considera:

I).— Aunque la formulación de este tercer motivo se resiente de una manifiesta falta de técnica, la Corte procede, por amplitud, a examinar los diversos fundamentos de la misma censura.

Se sostiene en primer lugar que la Escritura No. 734, de seis de noviembre de 1954, y los actos consignados en ella, son absolutamente nulos, porque el extracto de ese instrumento no se registró en la Cámara de Comercio ni se publicó, como lo ordenan los arts. 469, 470 y 472 del C. de Comercio, y que la sentencia quebrantó directamente estos preceptos, por falta de aplicación, al no decretar esa nulidad. También se dice que violó, por aplicación indebida, el art. 480 *ibidem* al considerar que la omisión de las formalidades expresadas, está sancionada con la inoponibilidad a terceros y no con la nulidad absoluta entre los socios.

La sentencia expresa, en efecto, que en la escritura mencionada se hizo constar la disolución de la sociedad por muerte de uno de los socios, se la declaró en estado de liquidación y se nombró liquidador; que la ley no sanciona con la nulidad de estos actos la omisión del registro y publicación oportunos del extracto de las escrituras sobre reforma de los estatutos y sobre disolución de una compañía, y que la sanción por la inobservancia de los requisitos anotados es la de inoponibilidad de aquellos mismos actos a terceros, según el art. 480 del C. de Comercio.

El art. 465 de este mismo Código prescribe que “la sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil” y añade en su inciso segundo que “la disolución de la sociedad antes de vencido el término estipulado, la prórroga de éste, el cambio, retiro o muerte de un socio, la alteración de la razón social, y en general toda

reforma, ampliación o modificación del contrato, serán reducidas a escritura pública con las solemnidades legales”.

Los arts. 469 y 470 *ibidem* ordenan registrar y publicar un extracto de las escrituras otorgadas en cumplimiento de lo prescrito por el citado art. 465. Estos preceptos exigen la solemnidad de la escritura pública tanto para constituir una sociedad mercantil como para modificar o reformar las estipulaciones del contrato social y para disolver la sociedad antes de expirar el plazo convenido. Imponen también los requisitos de registrar y de publicar los extractos de las escrituras en que figuren consignados los dichos actos de constitución, modificación y disolución de la compañía.

El art. 472 *ibidem* estatuye que “la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios”. Este precepto se refiere de manera expresa a la omisión de “la escritura social”, esto es, del instrumento por el cual se constituye o forma la sociedad. Alude también a la omisión de las solemnidades prescritas en los arts. 469 y 470, o sea al registro y publicación del extracto. Del cuál extracto? El texto de aquella norma y su relación con los artículos que la preceden y le siguen, permiten entender que el extracto a que hace referencia es el de la misma escritura social, es decir, el de la escritura constitutiva de la compañía. La omisión de este instrumento o la del registro o publicación de su extracto, es lo que produce entre los socios la nulidad absoluta del contrato de sociedad.

Se confirma aún más esta inteligencia del art. 472 cuando se lo confronta con el 480 *ibidem*, que es de este tenor: “Los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465, no producen efecto alguno contra terceros, si no fueren escriturados, registrados y publicados en la forma que designa el artículo 470”. Esta norma se refiere, ya no al acto constitutivo de la sociedad, sino a los actos de modificación o reforma del contrato social y de disolución de la compañía antes de la expiración del término estipulado. Estos actos son también solemnes, porque requieren ser consignados por escritura pública y que su extracto se registre y publique.

Los mismos arts. 472 y 480 consagran sendas sanciones. El 472, como queda visto, hace referencia a la escritura constitutiva de la

sociedad y al registro y publicación de su extracto, y sanciona con la nulidad absoluta del contrato social la omisión de estas solemnidades iniciales. El 480 alude a los actos de modificación o reforma del citado contrato social y a la disolución de la compañía antes de vencido el término estipulado y dispone que esos actos no son oponibles a terceros si no fueren reducidos a escritura pública, registrados y publicados. La inobservancia de estos requisitos está sancionada con la inoponibilidad de aquellos actos a terceros. En un caso, la falta de cualquiera de las formalidades constitutivas de la compañía, acarrea la nulidad absoluta del contrato social; en el otro caso se sanciona, no con nulidad, sino con su inoponibilidad a terceros los actos de reforma de los estatutos sociales o de disolución prematura de la compañía si se omite escriturar, registrar o publicar tales actos.

La sentencia sustentó la tesis anterior y con respaldo en ella denegó la declaración de invalidez de los actos consignados en la Escritura No. 734, de seis de noviembre de 1954, porque no se trataba allí de la constitución de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada", sino de su disolución por el óbito de uno de los socios, y porque la falta del registro y publicación del extracto de tal escritura, no apareja la nulidad de esa disolución, sino su inoponibilidad a terceros. Esta decisión no quebranta por inaplicación del art. 472 del C. de Comercio, porque este precepto no era aplicable al caso de la litis. Tampoco viola, por falta de aplicación, los arts. 469 y 470 y por aplicación indebida el 480 ibidem, porque estas normas sí eran aplicables al mismo caso y fueron aplicadas en forma correcta.

(II).— El segundo aspecto del cargo que se examina, consiste en que los apoderados de las partes en el juicio de liquidación de la sociedad, no estaban facultados para reducir a escritura pública la transacción de ese negocio. Sostiene el recurso que la sentencia apreció erróneamente los poderes conferidos a dichos mandatarios, que dio por existente la autorización para transigir en la forma como lo hicieron y que con ello cometió un error de derecho que la condujo a violar los arts. 2157 y 2471 del C. Civil.

Cabe observar que el recurso no expresa si la infracción de las normas citadas fue directa o indirecta y que, aunque parece dar a

entender que la sentencia incurrió en un error de hecho al dar por existente la facultad de los apoderados para transigir, afirma a la vez que el mismo fallo cometió un error de derecho al reconocerles eficacia jurídica a los poderes conferidos a los mismos mandatarios. Esta imprecisión y deficiencia en la formulación de la censura, serían bastantes para desestimarla, pero la Corte, por amplitud, acomete el examen del reparo, considerando como directa la violación que denuncia el recurso.

La sentencia examinó los poderes que las partes otorgaron a sus mandatarios en el juicio de liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada" y encontró que en ellos se los autorizaba para transigir ese negocio. Dedujo en consecuencia que por este aspecto estaba conforme a derecho el acto nombrado transacción que se consignó en la Escritura No. 734, y expreso además: primero, que la transacción es un acto extrajudicial, según lo prescrito por el art. 2469 del C. Civil; segundo, que la facultad de reducir la transacción a escritura pública estaba implícita en la autorización que para celebrarla se les confirió a los apoderados; tercero, que ese mandato para transigir podía ser cumplido por éstos como lo hicieron, esto es, fuera del juicio y por instrumento público.

La transacción, como lo tiene dicho la Corte (XLVIII 1948, 268), no es un contrato solemne, sino simplemente consensual, salvo que afecte bienes raíces. Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y puede ser comprobado por cualquier medio probatorio, con la única restricción de la prueba testimonial cuando el valor del convenio excede de quinientos pesos. Teniendo carácter consensual y no solemne, puede celebrarse verbalmente o por documento privado o público, de modo que ningún precepto legal se quebranta cuando se lo consigna por escritura pública. Además y según el tenor del art. 2469 del C. Civil, la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda

decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo regular se asienta el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (C. C., 1625 y 2469).

La sentencia impugnada halló que en el juicio de liquidación de la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada", los apoderados de las partes litigantes recibieron de éstas la facultad de transigir ese negocio, y sostuvo que este mandato los autorizaba implícitamente para celebrar la transacción fuera del proceso y por instrumento público, tal como lo hicieron mediante la Escritura No. 734. Este juicio es acertado, porque el mandato para transigir un litigio eventual o pendiente faculta al mandatario para concertar la transacción en forma verbal o por escrito privado o público y dentro o fuera del proceso que haya en curso. No se advierte en consecuencia que por este aspecto el fallo hubiera incurrido en las violaciones de ley que el recurso denuncia.

III).— Se afirma por el impugnante que las declaraciones consignadas en la Escritura No. 734 no constituyen una transacción, porque no se expresa en ellas cuál fue el objeto de ésta ni qué concesiones recíprocas se hicieron las partes, y que la sentencia violó los arts. 2157, 2469 y 2471 del C. Civil al reconocerles a esas mismas estipulaciones la naturaleza y contenido de una transacción.

El fallo sostiene que las declaraciones mencionadas entrañan una transacción, porque así se expresó en ellas, porque en el juicio de liquidación de la sociedad sí hubo oposición de los demandados y porque esta oposición podía ser y fue en efecto materia de dicha transacción.

Conforme a lo prescrito por los arts. 2158 y 2471 del C. Civil, el mandato no confiere naturalmente la facultad de transigir; para ello se requiere un poder especial, es decir, la autorización expresa del mandante para que el mandatario celebre una transacción. El inciso segundo del citado art. 2471 dispone además que en el poder especial conferido al

mandatario "se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir".

En casación de 28 de febrero de 1896 (XI-560, 318) expresó la Corte que en el mandato judicial la especificación exigida por el art. 2471 del C. Civil, "no ha de consistir precisamente en determinar uno a uno los bienes que han de ser materia de la transacción. Es bastante una especificación en términos generales". Y refiriéndose al mismo punto dijo también la Corte en casación de 17 de febrero de 1958 (LXXXVII— 2193, 54): "Es bastante para colmar la finalidad de la ley que en el título de procuración otorgado al mandatario judicial aparezca expresamente la facultad de transigir, para que se cubra así tanto la necesidad de poder especial para ello, como la exigencia de que estén especificados los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir, puesto que de una parte existe la certidumbre de que el mandatario está capacitado por el mandante para transigir, y por el aspecto restante no habrá duda de que los bienes, derechos y acciones no son otros, ni podrían serlo, que los vinculados al respectivo juicio".

De acuerdo con esta orientación, el poder especial para un pleito no confiere naturalmente la facultad de transigir; pero si en él se otorga esta facultad de manera expresa, no se requiere que se la acompañe de una especificación de los bienes, derechos y acciones sobre que puede recaer la transacción, sino que habrá de entenderse que ésta sólo podrá versar sobre los bienes, derechos y acciones que en la litis aparezcan singularizados. En la procuración judicial, la exigencia de la especificación de bienes que debe acompañar a la facultad de transigir, queda, pues, satisfecha con la individualización de los bienes sobre que versa el litigio.

La sentencia admitió que las declaraciones hechas en la Escritura No. 734 tenían la naturaleza y el alcance de una transacción, porque en ellas se convino en reconocer que se había disuelto la sociedad "Lavandería Francesa, Limitada" y que debía procederse a liquidarla y a designar el liquidador, cuestiones que eran precisamente la materia del juicio de liquidación propuesto por la cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto socio Ardila. El recurso sostiene que el acto consignado en la Escritura No. 734 no

es una transacción y que la sentencia, al calificarlo de transacción, quebrantó el art. 2469 del C. Civil.

Este precepto define la transacción diciendo que "es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". Esta definición ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque, de una parte, le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines. En varias ocasiones la Corte ha asentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté aún en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas., diciembre 12 de 1938—XLVII—1943, 479 y 480.—Cas., junio seis de 1939—XLVIII—1948, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Cabe recordar además que, como también lo ha dicho la Corte, la transacción suele presentarse combinada con otras figuras jurídicas auxiliares y que no se la debe confundir con fenómenos afines, tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una demanda, el desistimiento, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, el compromiso y el laudo arbitral (LXV—2070, 634 y XC—2211, 671).

En la ocurrencia presente los otorgantes de la Escritura No 734 hablaron allí de transacción y la sentencia aceptó que el acto consignado en ese instrumento tenía de veras el alcance de una transacción. No se percibe, sin embargo, cuáles pudieron ser las pretensiones mutuas que por ese acto sacrificaron las partes, pues de sus estipulaciones sólo se desprende que el mandatario de los demandados en el juicio de

liquidación de la compañía se limitó a aceptar que se produjese dicha liquidación, sin abdicar ninguno de los derechos de esos demandados. Por este sólo aspecto se ve que el acto expresado no ofrece todos los elementos específicos que caracterizan a la transacción y que el fallo impugnado, al reconocerle la naturaleza de una transacción, incurrió en realidad en un error jurídico. Con todo, la demanda de casación, respaldada en este yerro, se contrajo a acusar la sentencia por violación del art. 2469 del C. Civil, precepto que define lo que se entiende por transacción, que no da cuenta exacta de este fenómeno jurídico y que es simplemente descriptivo, o sea que no consagra un derecho subjetivo o que no contiene una proposición jurídica completa. La Corte tiene establecido que las normas que sólo dan definiciones de fenómenos jurídicos, no son susceptibles de quebranto para los efectos de la casación, porque la idea de ley sustancial se refiere a aquellos preceptos que son atributivos o declarativos de derechos de naturaleza subjetiva y no a las disposiciones legales que se reducen a describir los elementos integrantes de una figura jurídica. (Cas., agosto 29 de 1947—LXII—2050, 736.—Cas., septiembre 30 de 1955—LXXXI—2157, 216). Por esta circunstancia, y no obstante el yerro jurídico anotado, el recurso resulta en este caso ineficaz, debido a que el art. 2469 del C. Civil no es atributivo de un derecho sustancial, sino meramente descriptivo del fenómeno de la transacción.

IV).— Sostiene el impugnante que la sentencia infringió los arts. 1602, 1740 y 1741 del C. Civil y 472 del C. de Comercio por no haber declarado nulos el nombramiento de liquidador hecho en la citada Escritura No 734 y el acto de liquidación de la sociedad realizado por dicho liquidador mediante la Escritura No 204 de 21 de abril de 1955. Según el recurso, la nulidad de estos actos es una consecuencia obligada de la invalidez de la supuesta transacción que se consignó en la referida Escritura No 734.

Ya se ha visto cómo el acto que, con el nombre de transacción, acordaron los mandatarios de las partes por la mencionada Escritura No 734, no quedó afectado de invalidez, y en consecuencia esa supuesta nulidad no podía viciar el nombramiento de liquidador ni la posterior liquidación de la

sociedad. No existiendo la causa, mal podía producirse el efecto. Además, la facultad de transigir y de desistir que les fué conferida a aquellos mandatarios, los autorizaba para acordar que se practicase esa liquidación y para designar la persona del liquidador, porque estas eran cabalmente las cuestiones sobre que versaba el juicio de liquidación. Al estimarlo así y al denegar por tanto la declaración de nulidad de los actos expresados, no incurrió la sentencia en el quebranto de las normas que cita el recurso.

V).— Se imputa al mismo fallo la violación de los arts. 1521, 1740 y 1741 del C. Civil por no haber declarado nula la venta de los bienes de la sociedad que el liquidador Rueda Parra le hizo a la señora Carmen Rosa González. Esos bienes estaban a la sazón embargados y secuestrados, según el recurso, y en consecuencia la venta de ellos quedó viciada de nulidad por objeto ilícito.

Prohijando el concepto del fallo de primer grado, consideró la sentencia impugnada que, de acuerdo con los términos del auto de embargo dictado por el Juez Superior de San Gil, lo embargado no fueron los bienes de la compañía, sino el derecho o interés social que el señor Martín Torres Sanabria tenía en la misma sociedad, derecho o interés que estaban radicados en esos bienes sociales. Siendo esto así, según la sentencia, tales bienes podían ser válidamente enajenados, como en efecto lo fueron, y su venta no quedó viciada de invalidez.

Aunque el recurso insiste en sostener que los bienes de la compañía estaban embargados y secuestrados al tiempo de su venta, la verdad es que, como lo expresa la sentencia y como se desprende de los términos del auto de embargo, esta medida no recayó ni podía recaer sino sobre el interés social del señor Torres Sanabria. Los bienes de la sociedad no pertenecían a éste y no eran por lo tanto embargables como de su propiedad; por la misma razón el proveído de embargo no podía entenderse referido sino al derecho o interés social de Torres Sanabria en la compañía.

Al apreciarlo así y al denegar en consecuencia la declaración de nulidad de la venta de esos bienes, no violó la sentencia los preceptos que cita el recurso.

Tampoco infringió el fallo el art. 1746 del C. Civil por haber denegado la restitución de los bienes mencionados. No habiéndose

declarado nula su venta, mal podría decretarse aquella restitución. La sentencia no aplicó el citado art. 1746, porque no era aplicable, ni lo quebrantó por tal motivo.

En cuanto a la violación del art. 2341 del C. Civil que el recurso le atribuye a la sentencia, importa advertir que el resarcimiento de perjuicios aparece invocado como consecuencia de las declaraciones de nulidad que se impetran en la demanda inicial de este juicio y que, denegadas esas súplicas, era forzoso denegar también sus efectos, en este caso la reparación de los daños derivados de los supuestos actos nulos. Esta decisión de la sentencia no infringió la norma citada.

Finalmente, el fallo no quebrantó, por falta de aplicación, el art. 2o de la Ley 50 de 1936, porque el demandante de las nulidades invocadas en este litigio sí fue oído. La denegación de las declaraciones de nulidad no se fundó en una supuesta falta de interés del actor Torres Sanabria para alegar las nulidades mencionadas, sino en la circunstancia de no haberlas encontrado establecidas.

Estas consideraciones permiten concluir que el tercer cargo carece también de fundamento.

RESOLUCION

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 veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en este juicio ordinario de Martín Torres Sanabria contra Arturo Ríos García, José Sarmiento Mantilla, Roberto Rueda Parra, María Eustaquia Roldán, Carmen González de Pereira, Rosana Jaramillo viuda de Ardila y otros.

La parte recurrente debe pagar las costas del recurso a la litigante que formuló oposición.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., *Secretario.*

DESLINDE

Condiciones del cargo por error de hecho y de derecho.— Se reitera la doctrina atinente a que no es dable alegar tales vicios, simultáneamente, en la estimación de un mismo medio probatorio.

No basta afirmar, como lo hace el recurrente, la comisión de errores de hecho y de derecho como causal suficiente para que prospere el ataque, sino que se precisa que uno y otro incidan en la violación de una norma sustancial y que se haya determinado el carácter de la infracción alegada.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse).

El señor Vicente Poveda citó al doctor Jesús Rodríguez Medina en juicio especial de deslinde y amojonamiento ante el juzgado primero civil del circuito de Facatativá, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“a) Señalar la línea divisoria entre las fincas del demandante y el demandado, descritas en los hechos 1o y 2o de esta demanda, fijando los mojones que sean necesarios para marcar ostensiblemente la línea divisoria;

“b) Ordenar la construcción de una cerca de alambre en toda la extensión de la línea divisoria, reglando el modo y forma como las partes deben concurrir a la construcción y reparación de dicha cerca; y

“c) Condenar al demandado en los gastos y costas del juicio, en caso de oposición”.

Como hechos fundamentales se apuntaron los siguientes:

“1o.—/ Vicente Poveda es dueño y poseedor, por compra hecha a Bruno Rubio y Hercilia Pinzón de Rubio, según escritura No. 4782 de 28 de diciembre de 1953, de la notaría 8a de Bogotá, de un lote de terreno denominado “Deslinde” que hace parte de la finca denominada “La Cajita”, ubicada en jurisdicción del municipio de San Juan de Rioseco, en la fracción de Cambao, el cual tiene una extensión superficial de cuarenta y seis y media fanegadas aproximadamente y se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos: “Desde un mojón de piedra que se marcará, que debe quedar en la mitad de la extensión del terreno que hay

entre la volada en la quebrada de La Cajita, que deslinda a San Antonio y la volada, que sirve de cerca al corral del potrero de San Patricio, en la misma quebrada, de este mojón que se marcará pasando en línea recta sobre la quebrada de La Cajita a dar a la cerca de piedra que divide a San Antonio con La Cajita; por esta cerca arriba hasta llegar a la volada de San Antonio; de aquí por una cerca de alambre arriba hasta ponerse frente a la cuchilla que divide los predios de San Antonio y La Cajita; de aquí a dicha cuchilla y siguiendo toda ésta arriba por la cerca que divide los predios ya dichos hasta llegar a la cerca que limita con la finca de “Aguablanca”; de aquí, por la cerca que sigue al occidente lindando con la finca de Aguablanca, hoy de Lucrecio Cruz, ya dicha hasta llegar a la cuchilla de San Patricio; de aquí volviendo al Norte, por la cerca que va por dicha cuchilla que es el lindero del potrero de San Patricio y Deslindes, hasta llegar a una cerca de alambre, cerca abajo hasta dar con la cerca de piedra, primer lindero”.

“2o.— Lindando con la finca descrita en el hecho anterior, el demandado es dueño y poseedor, por compra a Bruno Rubio y Hercilia Pinzón de Rubio, según escritura número diez (10) de cinco (5) de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), de un lote de terreno formado por los potreros denominados La Cajita, Gulupal y San Patricio, que hacen parte de la finca llamada La Cajita, situado en la sección o corregimiento de Cambao, municipio de San Juan de Rioseco, Departamento de Cundinamarca, lote denominado ahora Cebulandia, cuyos linderos especiales son: Partiendo del peñón que se encuentra sobre la orilla del río Magdalena, en el sitio donde comienza la cerca que divide los potreros La Cajita y Peligroso de propiedad de los vendedores esposos Rubio, siguiendo dicha cerca hacia el Oriente hasta encontrar el ángulo recto formado por las cercas que

encierran el potrero de Peligroso; de este punto hacia el norte, hasta encontrar la Cerca que divide los potreros de La Cajita y El Llano, siguiendo esta cerca divisoria hacia el oriente y finalmente hacia el noroeste, por la cerca que va a la orilla de la quebrada de La Cajita, hasta encontrar la volada, situada sobre la misma quebrada de La Cajita; siguiendo por la misma cerca a la orilla de la quebrada de La Cajita, hacia arriba, al Oriente hasta encontrar la "volada" que divide los potreros de Deslinde de propiedad de Vicente Poveda y San Patricio; de esta volada hacia el sur, por la cerca que divide los potreros de Deslindes y San Patricio en dirección a la cuchilla llamada San Patricio, hasta llegar a ella, en el punto donde se encuentra con la cerca que divide los potreros de La Tribuna, de propiedad de Lucrecio Cruz y San Patricio; siguiendo por esta cerca hacia arriba hasta llegar a la cuchilla llamada Buenos Aires; de esta cuchilla abajo en dirección al occidente, por la cerca que divide la finca de Buenos Aires, de propiedad de Alfredo Naranco, de la de La Cajita, hasta llegar al nacimiento de la quebrada del Infierno o Infiernito; siguiendo por esta quebrada que divide también las fincas de Buenos Aires y La Cajita, hacia abajo a occidente hasta su desembocadura en el río Magdalena, finalmente se sigue por el río Magdalena, hacia abajo en dirección al Norte, hasta encontrar el punto citado como primer lindero.

"3o.— En la zona donde colindan las dos fincas alinderadas en los puntos anteriores, o sea, en el perímetro correspondiente al lindero del potrero denominado San Patricio—del que se habla en los títulos citados— y la finca Deslindes y donde se cita una cerca de alambre, esta no se halla debidamente colocada y, en parte, no existe.

"4o.— Para conveniencia de las partes y precisión de la zona a alinderar, es necesario, colocar los mojones que no han sido colocados y tender una cerca de alambre, así como fijar el modo y forma como han de concurrir las partes a su construcción y sostenimiento".

Al contestar la demanda Jesús Rodríguez Medina negó el derecho que pudiera tener el actor para que "ese juzgado señale la línea divisoria entre el predio de mi propiedad y el del demandante, porque tanto el título o escritura de adquisición del predio del demandante, como el del mio, expresan con

toda claridad, que el lindero que divide los dos predios, lo constituye una cerca de alambre que existe ostensiblemente, lo mismo que mojones que se colocaron por dicha cerca; "reproduce los linderos que obran en los títulos ya citados y afirma que de acuerdo con el artículo 900 del código civil "solamente se tiene derecho a exigir a los dueños colindantes que se fijen los límites que los separa, claro está (sic) que cuando ellos no existen o existen vagamente, ya que cuando existen y el lindero aparece en los títulos de adquisición sin lugar a dudas, como en el presente caso, o como cuando el lindero es un río u otra cosa por el estilo, tal derecho no existe, ya que no cabe duda alguna de que es inaplicable el artículo 900 del código civil, ha dicho la Corte".

En consonancia con esta afirmación, "es inocua la petición a) de la demanda, y consecuentemente la formulada en el punto b) de la parte petitoria de la misma demanda, por cuanto la cerca de alambre que pide se construya en toda la extensión de la línea divisoria, ya está construida desde hace muchos años y reparada y arreglado su mantenimiento en virtud de acuerdos celebrados con el demandante, confirmados por las autoridades de policía del lugar por no haberles dado estricto cumplimiento el demandante...".

Refiriéndose al hecho tercero de la demanda expresa literalmente:

"Sí existe debidamente colocada la cerca de alambre que en tal punto se menciona, y existe debidamente colocada, teniendo en cuenta los linderos expresados en los títulos de adquisición...".

Señalado día y hora para la diligencia de apeo y luego de recibirse las pruebas que las partes quisieron alegar se fijó como línea divisoria dentro de los dos predios de Deslinde y Cebulandia o San Patricio "la que parte del lugar de la cerca del doctor Rodríguez Medina, en línea recta hasta el alto de Buenos Aires".

No conforme el demandado doctor Rodríguez con la línea señalada se opuso a ella en el acto mismo de la diligencia, formalizando luego y en la debida oportunidad la correspondiente demanda ordinaria para que se declare:

"1o.— Sin ningún valor ni efecto la resolución dictada por el juzgado en la diligencia verificada en los días 22 y 23 de

julio próximo pasado dentro del ya referido juicio de deslinde y amojonamiento "por medio de la cual se fijó una nueva línea divisoria entre los predios Deslinde de propiedad de Poveda y San Patricio de propiedad de Rodríguez Medina".

"2o.— Que se declare que la línea divisoria entre los referidos predios es la establecida en las escrituras 4782 de 28 de diciembre de 1953, notaría 8a de Bogotá y 10 de fecha 4 de enero de 1954 de la notaría 4a de Bogotá, por medio de las cuales Poveda y Rodríguez adquirieron los predios mencionados, línea divisoria que en la parte pertinente transcribe el actor en el ordinario.

"3o.— Que se declare que la línea divisoria establecida en las predichas escrituras, es la que corresponde realmente a la cerca de alambre debidamente amojonada, existente actualmente sobre el terreno, existencia constatada plenamente en la diligencia realizada por ese juzgado en los días 22 y 23 de julio próximo pasado varias veces mencionada.

"4o.— Que se declare que la línea divisoria o nuevo lindero señalado por el juzgado en la resolución dictada en la diligencia de deslinde y amojonamiento no tiene valor ni efecto alguno por no corresponder ni a la línea divisoria establecida en los títulos escriturarios ya citados, ni a la línea divisoria constituida por una cerca de alambre que va por la cuchilla de San Patricio cuya existencia se constató sobre el terreno durante la diligencia ya anotada.

En la petición quinta se pide que los colindantes concurren por iguales partes al sostenimiento y reparación del lindero en la forma anotada por el actor.

Entre los hechos que se deducen de los anteriores antecedentes, el Tribunal fallador destacó los siguientes:

Que desde la fecha de la escritura de compraventa el actor en el ordinario se encuentra en posesión de la finca comprada en virtud de la entrega que le hizo el vendedor por los linderos determinados en la escritura.

Que al acto de entrega concurrió personalmente el colindante Vicente Poveda quien en el mismo acto convino en dividir el costo del sostenimiento de la cerca lindero entre los potreros de Deslinde que va por la cuchilla de San Patricio.

Que ese lindero ha sido aceptado y respetado por los colindantes Poveda y

Rodríguez.

Que como Poveda se negase a cubrir el convenio de división de la cerca, Rodríguez obtuvo de las autoridades de policía de San Juan de Rioseco la orden para que Poveda entrara a cumplir el cerramiento que le correspondía.

Este juicio se remató con la sentencia de primera instancia en que se dispuso:

"1o.— La línea limítrofe entre los predios denominados "Deslinde" de Vicente Poveda N y "San Patricio" de la finca "Cebulandia", del doctor Jesús Rodríguez Medina, es la establecida en las escrituras número 4782 de fecha 28 de diciembre de 1953, de la notaría 8a de Bogotá y 10 de fecha 5 de enero de 1954, de la notaría 4a de Bogotá, por medio de las cuales los citados Poveda y Rodríguez Medina, adquirieron los fundos mencionados, línea que en la parte pertinente se determina, según el título de Poveda, así: "...de aquí (cuchilla de San Patricio) volviendo al norte, por la cerca que va por dicha cuchilla que es el lindero del potrero de San Patricio y Deslinde, hasta llegar a una cerca de alambre, cerca abajo hasta dar con la cerca de piedra primer lindero, y según el título de Rodríguez Medina así: "...de esta volada hacia el sur, por la cerca que divide los potreros de Deslinde y San Patricio en dirección a la cuchilla llamada de San Patricio, hasta llegar a ella, en el punto donde se encuentra con la cerca que divide los potreros de la Tribuna, de propiedad de Lucrecio Cruz y San Patricio".

"2o.— Esta línea limítrofe establecida en las precitadas escrituras números 4782 y 10, descrita en el numeral anterior es la que corresponde realmente a la cerca de alambre amojonada, existente sobre el terreno y constatada por el juzgado en la diligencia de apeo realizada los días 22 y 23 de julio de 1960. Quedan en esta forma resueltas las peticiones segunda y tercera de la parte petitoria del libelo.

"3o.— En consecuencia, la línea divisoria o lindero que fijó este juzgado, según resolución proferida en la diligencia de apeo practicada en los días 22 y 23 de julio de 1960, no corresponde a la línea limítrofe descrita y establecida en las citadas escrituras 4782 y 10, antes citadas, que indican como lindero la cerca de alambre por la cuchilla de San Patricio, cerca constatada por el juzgado en las diligencias de apeo y en la inspección ocular mencionadas en el punto anterior. Por

tal motivo se declara sin valor ni efecto alguno la fijación del lindero y el amojonamiento hechos por este Juzgado en la referida diligencia de apeo. Quedan en esta forma resueltas las peticiones primera y cuarta de la parte petitoria del libelo.

"4o.— Los colindantes Vicente Poveda N. y Jesús Rodríguez Medina, quedan obligados a concurrir, por iguales partes, al sostenimiento y reparación de la cerca de alambre divisoria, común, de los predios Deslindes y San Patricio, cerca que va por la cuchilla de San Patricio desde el punto en que colindan los predios de Deslindes, de Vicente Poveda, Aguablanca de Lucrecio Cruz y San Patricio de Rodríguez Medina, hasta La Volada que divide los predios Deslindes de Poveda y San Patricio de Rodríguez Medina, de que hablan las escrituras ya citadas, cuya existencia constató el Juzgado en las referidas diligencias de apeo y de inspección ocular. En esta forma queda resuelta la petición quinta de la demanda".

De esta providencia apeló el apoderado del demandado señor Poveda y el Tribunal pronunció la sentencia objeto del recurso con fecha 21 de marzo de 1964 en cuya parte resolutive dispuso, entre otras cosas:

"1o.— La línea divisoria entre el predio denominado "Deslindes", en jurisdicción de San Juan de Río Seco, y que el señor Vicente Poveda adquirió mediante escritura No. 4782 de 28 de diciembre de 1953 de la notaría octava de Bogotá, y el de "San Patricio", parte de la finca de Cebulandia, en la misma jurisdicción, y que el doctor Jesús Rodríguez Medina adquirió por medio de la escritura No. 10 de fecha cinco de enero de 1954 de la notaría cuarta de este mismo circuito, es la siguiente: "Partiendo del punto de la cuchilla de San Patricio a donde llega la cerca que delimita la finca de La Tribuna o Aguablanca y el potrero de San Patricio, se sigue una recta en dirección norte, al centro de "La Volada" que se halla en el mismo lindero de Deslinde y San Patricio; y de allí en línea recta, hacia abajo, hasta llegar a la cerca de piedra en donde se inicia, según la escritura de adquisición de Poveda, la alinderación del predio de Deslindes.

"2o.— En consecuencia, corresponde a los dueños de los predios de San Patricio y Deslindes, la construcción y el sostenimiento de la línea que los delimita, por partes iguales.

"3o.— Decláranse sin valor alguno, el

amojonamiento y línea divisoria señalados por el Juzgado del conocimiento, en la diligencia de deslinde que se llevó a cabo en los días 22 y 23 de julio de 1960 como lindero entre los mencionados predios de San Patricio y de Deslindes.

"4o.— Decrétase la cancelación del registro de la demanda; para el efecto, se librá el oficio correspondiente".

En el caso de desatar el recurso anotando que él fue interpuesto por el actor en el juicio ordinario doctor Jesús Rodríguez Medina, y la demanda fue replicada en la debida oportunidad.

LA SENTENCIA ACUSADA

En la parte motiva se expuso literalmente lo siguiente:

"De acuerdo con la descripción de linderos contenida en la escritura pública No. 4.728 de 28 de diciembre de 1953 por medio de la cual adquirió el señor Poveda el predio de "Deslindes", la línea que lo deslinda del potrero de San Patricio de propiedad del doctor Rodríguez Medina, es la que va, desde el punto en que el lindero con Aguablanca (llamada también La Tribuna) tocó la cuchilla de San Patricio, "volviendo al norte, por la cerca que va por dicha cuchilla que es el lindero de San Patricio y Deslindes, hasta llegar a una cerca de alambre, cerca abajo hasta dar con la cerca de piedra primer lindero".

"Y conforme a la escritura No 10 de 5 de enero de 1954 por la cual adquirió el doctor Rodríguez Medina la finca de "Cebulandia", el lindero que la separa del de "Deslinde" es el siguiente: desde "La Volada" que divide los potreros de "Deslindes" y "San Patricio", hacia el sur, por la cerca que divide los potreros de Deslindes y San Patricio en dirección a la cuchilla llamada San Patricio, hasta llegar a ella, en el punto donde se encuentra con la cerca que divide los potreros de La Tribuna (llamada también Aguablanca) de propiedad de Lucrecio Cruz y San Patricio...".

"Como se ve, la primera diferencia que se nota entre las dos descripciones, es la de su orientación: de sur a norte, la del título de Poveda, pues dice, 'volviendo al norte, por la cerca que va por dicha cuchilla'; de norte a sur la del título de Rodríguez Medina: 'de esta

Volada hacia el sur, por la cerca que divide los potreros de Deslindes y San Patricio'. Pero si, en forma la más simple, se orientan las dos por una misma dirección, por ejemplo, la sur a norte que lleva la del título de Poveda, pueden apreciarse entonces más fácilmente la similitud y diferencia que ellas presentan; así el lindero de la escritura del doctor Rodríguez, resultaría ser: Del punto de la cuchilla de San Patricio, donde llega la cerca que deslinda los predios de la Tribuna o Aguablanca, y San Patricio, se sigue hacia el norte por la cerca que delimita este último y el de Deslindes, hasta la Volada que existe en el mismo lindero.

"Se ve entonces cómo la demarcación de las dos escrituras, ofrecen estos dos elementos comunes: El punto en donde toca la extremidad sur de la línea, que es: según el título de Poveda, el lugar de la cuchilla de San Patricio a donde llega la cerca con la finca de Aguablanca; y el punto de la misma cuchilla en donde se encuentran la referida cerca con Aguablanca y la que divide los potreros de Deslindes y San Patricio, conforme al título de Rodríguez. Y la línea a seguir desde la expresada extremidad, y que de acuerdo con la escritura de Poveda, vuelve de dicho punto hacia el norte, 'por la cerca que va por dicha cuchilla que es el lindero del potrero de San Patricio y Deslindes; y según la del doctor Rodríguez, sigue hacia el norte por la cerca que divide los potreros de Deslindes y San Patricio'.

"Difieren solamente las dos líneas, en cuanto al punto o extremidad norte, que en la escritura de Poveda es 'hasta llegar a una cerca de alambre, cerca abajo hasta dar con la cerca de piedra primer lindero'; en tanto que en la de Rodríguez resulta ser "La Volada" que se encuentra en la misma línea divisoria de Deslindes y San Patricio.

"De esta suerte, y diversamente a los señalamientos hechos en la diligencia de deslinde y posteriormente en la sentencia que ahora se revisa, las cuales fijaron el extremo Sur de la línea en el 'alto de Buenos Aires' y en el de 'la cerca de alambre amojanada, existente sobre el terreno y constatada por el juzgado en la diligencia de apeo realizada en los días 22 y 23 de julio de 1960', respectivamente, dicho punto de partida debe ser, el de la cuchilla de San Patricio a donde llega la cerca que delimita la finca de La Tribuna o Aguablanca del potrero de San Patricio'

"Ahora en cuanto a la dirección que debe seguir la línea, bien se sabe que es hacia el norte, 'por la cerca que va por dicha cuchilla', delimitando a Deslindes y San Patricio. Lo cual no puede entenderse, según lo pretende el señor apoderado de Poveda a través de un largo análisis gramatical, como 'el filo de la cuchilla', por las siguientes razones fundamentales: Porque no aparece que el punto de partida que se deja descrito, se encuentre localizado en el filo de la cuchilla; porque señalando ambas escrituras el lindero, 'por la cerca que va por dicha cuchilla', no es dable reemplazar la idea de cerca, por la del filo que se pretende; y porque no aparece comprobado, que por el mencionado filo hubiera existido nunca cerca alguna, ya que los testimonios de Margarita Balceró, Gabino Nonsa y Eleuterio Rubio, en que el señor apoderado de Poveda cree encontrar esta demostración, no inclinan el criterio del sentenciador hacia la certeza de aquel concepto, graciosamente deducido.

"Pero si la línea debe seguir el curso de la cerca que delimita a Deslindes y San Patricio, cuál entonces la localización de la mencionada cerca? Desde luego no puede ser la de alambre que se encontró en las fechas de las diligencias practicadas en el deslinde, y que el fallo recurrido aceptó como lindero, por cuanto dichas cercas resultan construídas después de adquiridas las propiedades por los litigantes en el juicio, y por sólo uno de ellos. Tampoco la que algunos de los testigos habían visto en la media falda de la cordillera, por cuanto levantada esa cerca hace unos quince años por Rafael Balceró, 'no fué para lindero sino para favorecer su sementerita', según lo declarado por su hija Margarita Balceró de Pinzón (f. 26) y por Gabino Nossa Barrera (fl. 26 v.), en el curso de la misma diligencia.

"Entonces, y a falta de pruebas demostrativas de los sitios por donde iban las antiguas cercas divisorias entre Deslindes y el potrero de San Patricio, y que sin duda alguna se refieren las escrituras de Poveda y de Rodríguez, ellos deben determinarse por la recta que une el extremo sur que se deja señalado como punto de partida del lindero, y el sitio de "La Volada" que ha delimitado dichos predios; y la que une este último punto con la cerca de piedra de donde parte la alinderación que describe la escritura por la cual adquirió Vicente Poveda".

EL RECURSO

En la demanda de casación que fué oportunamente replicada por el opositor, se formula un cargo en que el recurrente literalmente dice:

“Primero.— Acuso la sentencia de 21 de marzo de 1964... por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por violación de la ley sustantiva artículo 870, 871 del Código Judicial y artículo 900 y 916 del Código Civil a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas” y al concluir el cargo expresa:

“Entonces, el Tribunal luego de no estimar, luego de no considerar las pruebas presentadas, luego de desestimarlas legalmente (sic) violó los artículos 869, 870 y 900, (sic) por interpretación errónea, y a consecuencia de los errores de hecho y de derecho demostrados en esta demanda, y que le daban el derecho para fijar la línea limítrofe, de acuerdo con los títulos y demás probanzas allegadas al juicio y no de acuerdo con el mero capricho o mejor de acuerdo con la propia iniciativa exclusiva del sentenciador”.

Desarrolla el cargo en cuatro numerales; en el primero expresa: “El artículo 900 del Código Civil da derecho al titular propietario para provocar una decisión jurisdiccional en relación con los linderos de los predios vecinos, y al efecto dice que todo propietario puede pedir que se fijen los linderos; se refiere al artículo 869 del Código Judicial, que le da facultad al juez para señalar los linderos impuesto de los documentos presentados por las partes y de los que estos exhiban en acto de la diligencia. Cita el artículo 870 ibidem en cuanto allí se manifiesta “que si una de las partes no se conforma se ventila en juicio ordinario la línea divisoria señalado en la diligencia”.

En este mismo numeral el recurrente se refiere a los títulos escriturarios presentados por las partes, manifestando que el Tribunal “extendió la propiedad de Poveda en perjuicio de la extensión de la propiedad del doctor Rodríguez Medina, por lo cual debe modificarse dicha línea erróneamente trazada, para fijar la que corresponde a los títulos que no es otra que la fijada en la sentencia del juez civil del circuito de Facativá en el ordinario promovido por mi mandante sobre la invalidación de la línea fijada en las diligencias de 22 y 23 de julio de 1960; continua

refiriéndose a los mentados títulos y los comenta en relación con la línea divisoria señalados por ellos.

Numeral segundo. El recurrente afirma que “el sentenciador prescindió del contenido de los títulos escriturarios en cuanto la línea divisoria es por cercos, prescindió de las pruebas relevantes en esta clase de juicios, tales como el dictamen de peritos producidos en dos experticios diferentes, y trazó una línea divisoria en forma arbitraria mediante una recta que se ideó como pasando por alto que el H. Tribunal por la naturaleza del juicio de deslinde apenas puede hacer la delimitación material de los fundos mediante la colocación de los que faltan o hayan llegado a no ser reconocibles previa identificación”. “En el juicio de deslinde, continúa, como lo dicen los artículos 900 y 901 se establecen las líneas divisorias, estos juicios no son para señalar líneas divisorias a voluntad del fallador y su objeto además de establecer estos linderos es el de restablecerlos a costa común”; vuelve a insistir que: “El deslinde es para fijar el lindero incierto entre dos predios; pero no como lo entiende el Tribunal para fijar líneas divisorias mediante el sistema de trazar líneas rectas de un punto a otro, como si el problema fuera el de acercamiento, y no el de juzgamiento individual de cómo deberían ser las líneas entre dos predios”.

En el numeral tercero se refiere nuevamente a que el Tribunal desconoció la existencia de los límites de los predios fijados en las escrituras públicas que se han relacionado anteriormente presentadas por las partes; que desestimó lo que dicen los peritos sobre la existencia y construcción de unas cercas ya que el Tribunal afirma que fueron construídas con posterioridad a los mismos títulos; que el fallador no quiso leer las declaraciones de los testigos indicadas en la sentencia de 1o. de abril de 1963 sobre la existencia de la cerca que divide los predios materia de la litis que rechaza la prueba testimonial. “Pero no dice nada sobre las demás pruebas testimoniales tal como si no existieran en autos”. “Está bien, —dice— que rechace dicha prueba sobre la existencia de una cerca por el filo o loma de la cordillera porque ninguno de los títulos habla del filo o lomo de la cuchilla de San Patricio; y porque si los testigos hablan de dos cercas para fijar o determinar la verdadera cerca o línea

divisoria, entonces dichos testimonios no pueden servir para establecer la verdadera cerca divisoria, porque no saben o no pueden decir nada sobre la real línea divisoria entre los predios”.

Agrega que el Tribunal desestimó el testimonio de Alirio Rubio Pachón sobre la existencia de la cerca divisoria de los predios materia del juicio.

En el último punto dice que el Tribunal no leyó debidamente los testimonios mencionados presentados por las partes para el efecto del establecimiento de la línea divisoria de los predios; que desestimó el valor legal de los títulos allegados porque no les da el valor que en cuanto a su contenido le corresponde al tenor de los artículos 1759 del Código Civil y 630 del Código Judicial; que desestimó el valor legal de la inspección ocular practicada en el juicio para fijar la línea divisoria entre los dos predios, haciendo nuevamente un análisis de la alinderación contenida en las escrituras, y refiriéndose especialmente a la inspección ocular dice que el Tribunal la “desestimó ilegalmente, es decir, sobre ella se cometió además del error de hecho el error de derecho con violación de los artículos 724 y 730 del Código Judicial”.

Vuelve a insistir en que el Tribunal violó el artículo 630 del Código Judicial “sobre el mérito de lo que contiene una diligencia de inspección ocular; como ya lo dijo o mejor de no relieves lo descrito allí y consiguientemente desestimó la prueba respectiva, el sentenciador violó el artículo 722 del Código Judicial en cuanto no le dió a la prueba de peritos el valor de plena prueba que tiene y que no podía pasar por alto como si no existiera; y que en ese orden lo mismo sucedió con la prueba testimonial con violación del artículo 697 del Código Judicial, porque primero tomó en cuenta dos declaraciones que de nada servían para establecer la línea divisoria, ya que hablando de dos cercas mal podían decir cual era la realmente establecida para dividir o separar los dos predios”. Pasando por alto los testimonios de las personas que allí cita; “es decir el H. Tribunal desestimó las pruebas plenas que de acuerdo con el artículo 695 del Código Judicial ya citado, el fallador podía desestimarlas mencionándolas y arguyendo que aún no estaban las condiciones legales, con ellas no se podía dar por establecida la verdad de que la cerca indicada por los testigos era la

cerca o lindero de los dos predios, pero no podía, como lo hizo ignorarlas, tal como si no se hubieren producido en el proceso”.

Hace referencia al artículo 900 del Código Civil y el artículo 870 del Código Judicial, preceptos que “enseñan que ese señalamiento se hace teniendo en cuenta los documentos presentados, las declaraciones recibidas y las distintas pruebas allegadas; no es pues el señalamiento autorizado, dice el objetante, mediante la omisión de las pruebas que sirven para establecer cuál era y cuál es el lindero incierto que ha ocasionado la controversia”.

Estos son en síntesis los contenidos de los numerales en que el impugnante dice apoyar el cargo.

LA CORTE CONSIDERA:

Literalmente se han transcrito los términos en que ha sido presentado el único intento de cargo contra la sentencia objeto del recurso y se ha hecho la síntesis de los numerales en los cuales se pretende fundar el ataque.

Se acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva en los artículos 870 y 871 del Código Judicial, 900 y 916 del Código Civil, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Sobre esta fundamentación de la demanda de casación caben las siguientes consideraciones:

Primera.— El artículo 870 del Código Judicial dispone que “si los interesados no se conforman en todo o en parte (con la diligencia de apeo, advierte la Corte) el punto se ventila en juicio ordinario en el cual el opositor tiene el carácter de demandante”. Y es precisamente lo que ha sucedido en el presente juicio, que no habiéndose conformado el doctor Jesús Rodríguez Medina con la diligencia de apeo verificada por el juez del circuito de Facatativá en los días 22 y 23 de julio de 1960, promovió contra su colindante Vicente Poveda el respectivo juicio ordinario. No se ve en qué forma el sentenciador haya violado el artículo 870 del Código Judicial, cuando precisamente con base en él se inició el referido juicio; ni en qué errores de hecho y de derecho haya incurrido el fallador por tal concepto. Lo mismo puede decirse en cuanto el ataque se relaciona con el artículo 871 del Código Judicial pues no se precisa cómo pudo ser violado este precepto dispositivo, cuando la

verdad procesal esta demostrando que antes de los diez días siguientes a la diligencia de apeo, fue introducida la oposición, y por lo tanto no pudo declararse en firme dicha diligencia, ni ordenarse el registro y la cancelación pertinentes.

Segunda.— Los artículos 900 y 916 del Código Civil, que el recurrente indica como violados a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas se refieren, el primero, al derecho que tiene todo dueño de un predio para que se fijen los límites que los separan de los predios colindantes y podrá exigir a los respectivos dueños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes; y el 916 establece que los dueños de los predios colindantes deben concurrir a la construcción, conservación y reparación del cerramiento, que es precisamente lo que dispone la parte resolutive de la sentencia en su numeral segundo.

La simple lectura de las disposiciones citadas ponen de manifiesto la inoperancia del cargo porque no se precisa en qué forma pudo el juzgador de instancia violar normas tenidas en cuenta por él, ni se indicó en qué consiste el carácter de la violación alegada.

Tercera.— En la fundamentación del cargo el impugnante anota al mismo tiempo la comisión por parte del fallador de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, cuando la presentación del ataque en esa forma peca contra la técnica del recurso, como en múltiples ocasiones lo ha declarado esta Corporación. En efecto, dice en alguno de sus fallos:

“Sea el momento de recordar que en principio no se acomoda a la técnica de casación proponer simultáneamente y en relación con un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho; pues estos revisten características diversas. En efecto, si bien ambos se originan en el campo de las pruebas y producen igual consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial, por aplicación indebida o por falta de aplicación, el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el juzgador que cierto medio probatorio existe cuando no existe o viceversa, y el segundo implica que se le asigne un mérito legal distinto, dándole el que no tiene o negándole el que tiene, según la ley”.

“No pueden entonces presentarse al tiempo

los dos errores, ya que para que aparezca el de derecho es necesario tener en cuenta la prueba existente, es decir, analizarla y desde el momento en que dicha labor se efectúa, ya no ha habido lugar a error de hecho que implica desconocer la prueba que obra en autos o reconocer la que en ellos no existe”. (G. J. to XC—nos. 2207—2208 y 2209 págs. 91 y 92).

Cuarta.— Pero no basta afirmar, como lo hace el recurrente, la comisión de errores de hecho y de derecho como causal suficiente para que prospere el ataque, sino que se precisa que uno y otro incidan en la violación de una norma sustancial y que se haya determinado el carácter de la infracción alegada, con nada de lo cual cumple el recurso que se contempla.

Quinta.— Anotadas las observaciones anteriores, se concluye que la demanda que se estudia peca contra la técnica jurídica en la presentación del único cargo que se formula contra la sentencia y por lo tanto, la Corte no puede entrar oficiosamente a examinar planteamientos o situaciones jurídicas que no satisfacen el rito de la adecuada formulación de los cargos en la demanda.

Sexta.— El impugnante se limita a manifestar que el Tribunal no tuvo en cuenta los títulos escriturarios ni las pruebas testimoniales ni la diligencia de inspección ocular ni el dictamen de los peritos, pero tales afirmaciones son simples ataques de conjunto a los medios probatorios, sin que el recurrente haya demostrado en forma concreta e individualizada los evidentes errores de hecho en que hubiera incurrido el fallador y su incidencia en la infracción de una norma sustancial.

DECISION:

En mérito 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 fecha veintiuno (21) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Jesús Rodríguez Medina contra Vicente Poveda.

Costas a cargo del recurrente.

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

*Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera
Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo*

*Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo
C. Posada*

Ricardo Ramírez L., Secretario.



CAUSAL 1a. DE CASACION

No es dable aducir a la vez las tres formas de violación: por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida.— En qué consiste el error de hecho y el de derecho.— La misión de la Corte en casación es analizar la sentencia acusada en sus relaciones con la ley.

1.— Cuando, con apoyo en la causal primera de casación se acusa una sentencia por violación de ley sustancial, no es correcto que respecto de una misma norma se aduzcan a un mismo tiempo las tres formas de violación, por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida.

La falta de aplicación tiene lugar cuando no se hace obrar un precepto que ha debido ser aplicado en el fallo; la interpretación errónea consiste en aplicar la disposición correspondiente al caso, pero dándole un contenido o alcance distinto del que tiene; y la aplicación indebida ocurre cuando se aplica una norma que es ajena al asunto materia de la decisión.

2.— Hay error de hecho, entre otros casos, cuando sin existir la prueba se da por establecido el hecho correspondiente, o cuando existiendo tal prueba se niega que el hecho esté acreditado. Insistentemente ha venido costando la Jurisprudencia de la Corte que el error de hecho consiste en pasar por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producida no obstante figurar en el proceso, o en suponer la que no existe, o en estimar la que existe en un sentido contrario a la evidencia que ella ostenta, dándosele un significado manifiestamente contrario al contenido de la prueba, en sí misma considerada.

El error de derecho tiene lugar cuando el juzgador al estimar la prueba, le niega un valor que la ley le asigna, o al contrario, le da uno que la ley le niega. En este tipo de error se quebrantan, en primer término, las normas legales sobre valoración probatoria (violación medio), y ese quebranto lleva al sentenciador a infringir las disposiciones de la ley sustancial (violación fin).

En casación, cuando se trata de error de derecho en la apreciación de pruebas, es necesario indicar la norma de valoración probatoria que se estima violada".

3.— La Corte, en el ámbito mismo de la casación, no se ocupa directamente de la revisión de los elementos de juicio aportados al debate, cual si fuese un Tribunal de instancia, pues su misión es la de analizar la sentencia acusada en sus relaciones con la ley. Solamente cuando tratándose de casación por violación

de la ley sustancial a consecuencia de errores en la estimación de las pruebas, se demuestre que el sentenciador incurrió, al apreciarlas en un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, o en un error de derecho que implica una contravención de la ley probatoria con incidencia en la sustancial, puede la Corte modificar el fallo acusado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en este juicio, contra la sentencia de 25 de septiembre de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

— I —

ANTECEDENTES

1— Con fecha 11 de marzo de 1960 se firmó un contrato de promesa de compraventa entre el Presbítero doctor Luis Alfonso Gaviria Niño, representado por el señor Juan Bautista Gaviria, y Elvira González Vélez, en razón del cual el primero prometió vender a la segunda, y ésta comprarle a aquél, un lote de terreno con la construcción en él existente, ubicado en la ciudad de Bogotá y distinguido con el número 95—57 de la carrera 28, determinado por los linderos indicados en el documento.

El precio de la negociación fue de \$12.500.00 que la prometedora compradora debía pagar así: \$3.900.00 y un cheque por \$2.100.00 girado para el 20 de abril de 1960,

que el prometiende vendedor declaró recibidos el día de la firma del contrato; \$4.340.00 el 10 de abril del mismo año, suma que se destinaría al pago de una obligación hipotecaria contraída por el prometiende vendedor; y el saldo de \$2.160.00 el mismo 10 de abril, fecha en la cual debía otorgarse en la Notaría Primera de Bogotá la escritura de compraventa.

Se estableció una cláusula penal para el caso de incumplimiento, y se estipuló que la entrega del inmueble se haría el mismo día del otorgamiento de la escritura.

2 — Según el certificado del Notario Primero del Circuito de Bogotá, en el libro de actas de esa Oficina se encuentra la número 14 de fecha 11 de abril de 1960, en la cual consta que los contratantes comparecieron en ese día con el fin de dar cumplimiento a la promesa de compraventa. La prometiende compradora manifestó que no firmaba la escritura respectiva por no estar el certificado de libertad aducido por la otra parte con la fecha del día, y porque exigía que el poder del prometiende vendedor para su representante en el acto, estuviese registrado en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá.

A su vez el señor Juan Bautista Gaviria, en representación del Presbítero doctor Luis Alfonso Gaviria Niño, “según poder especial expedido con fecha 11 de febrero de 1960 con presentación personal en el Juzgado Municipal de Puerto Wilches y además con reconocimiento de la firma en la Notaría Novena de Bogotá”, expresó que comparecía dispuesto a dar cumplimiento a la promesa de compraventa firmada entre su poderdante y Elvira González Vélez; que exigía, de acuerdo con la cláusula segunda del contrato de promesa, que la prometiende compradora exhibiera ante el Notario la suma de dinero que era obligada a entregar en esa fecha, para el otorgamiento del título, a lo cual se negó, “siendo motivo para demostrar el incumplimiento por parte de la señorita Elvira González Vélez”.

El nombrado señor Juan Bautista Gaviria, para demostrar que estaba listo a cumplir en nombre de su representado, presentó ante el Notario la copia del título de dominio sobre el inmueble prometido en venta, el certificado de libertad No. 3550 de 1o. de febrero de 1960, expedido por la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá, certificado de renta,

válido hasta el 31 de diciembre de 1960. el poder para representar al prometiende vendedor y la minuta para la cancelación de la hipoteca que gravaba el inmueble.

— II —

EL LITIGIO

Posteriormente la señorita Elvira González Vélez, mediante apoderado, demandó por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, al presbítero doctor Luis Alfonso Gaviria Niño, para que se declarase que está obligado a hacer la correspondiente escritura de venta del lote a que se refiere el contrato de promesa de compraventa de 11 de marzo de 1960; a pagar los perjuicios causados desde el 11 de abril de dicho año, los cuales estimó en la suma de \$15.000.00.

Pidió además la declaración de que si el demandado no hacía la escritura de venta, ni pagaba los perjuicios en el plazo que se le señalare, quedaba constituido en mora.

Como hechos de la demanda se mencionan el contrato de promesa y el acta No. 14 suscrita el 11 de abril de 1960 en la Notaría Primera de Bogotá, “en la que dejan constancia del incumplimiento de cada una de las partes”. Agrega la demanda que en vista de esa circunstancia “no se cumplió el contrato de promesa de compraventa”, pero que actualmente la demandante está lista a cumplir lo pactado.

La primera instancia del juicio fue tramitada en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá y concluyó con fallo absolutorio para la parte demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó en todas sus partes, al resolver la apelación interpuesta, según providencia de 25 de septiembre de 1964.

— III —

CONSIDERACIONES DEL FALLO DEL TRIBUNAL.

Transcribe el Tribunal las cláusulas más importantes del contrato de promesa de compraventa, fundamento de la demanda, y el acta notarial No. 14 de que se hizo mención anteriormente, para anotar luego:

“Dedúcese de la expresa constancia que la demandada (sic, debió decir la demandante) incumplió las obligaciones a su cargo

consistentes en suscribir el instrumento y pagar el último saldo del precio. El pretexto o la excusa dados para no hacerlo 'en la forma y tiempo debidos', es inaceptable porque en la promesa el demandado no contrajo la obligación de presentar previa o concomitantemente al otorgamiento el certificado de libertad actualizado, y porque el poder conferido al doctor Juan Bautista Gaviria era suficiente para representar al prometiende vendedor, pues fue presentado personalmente ante el Juez y reconocida su firma, como lo expresa la aludida constancia".

Agrega el Tribunal que en tales condiciones, la propia parte actora se encargó de demostrar que no tiene la acción alternativa que otorga a los contratantes el artículo 1546 del C. Civil, citado como fundamento de la acción, porque el demandado no incurrió en mora de cumplir las obligaciones a su cargo, sino que fue ella quien no las cumplió, ni se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debidos.

Y cita una jurisprudencia de la Corte según la cual para que pueda pedirse la resolución de un contrato se requiere, por una parte, que uno de los contratantes no haya cumplido su obligación por su culpa y, por otra, que el otro contratante haya cumplido la suya; porque para que la acción prospere se requiere que uno de los contratantes se encuentre en mora, de forma que si el demandante no ha cumplido su obligación, el contratante contra quien pide la resolución, no se encuentra en estado de mora en razón de lo dispuesto por el artículo 1609 del C. Civil.

Anota, además, el sentenciador que no hay constancia de que el demandado hubiera incumplido, y que la actora pretendió demostrar que cumplió con los testimonios de Guillermo Saavedra Jiménez y Efraín Cuervo; pero en relación con ellos el Tribunal hace suyos los conceptos del Juzgado de primera instancia, quien expresó que tales declaraciones no desvirtuaban la constancia dejada por el representante del prometiende vendedor, de que no se le presentaba el dinero, saldo del precio de la negociación, que era condición para el otorgamiento de la escritura. Se transcribe el análisis que el Juzgado hace de esos testimonios y la conclusión a que llegó en el sentido de que, por no haberse demostrado el cumplimiento de la cláusula segunda del contrato de promesa de venta por parte de la actora (pagar

el saldo del precio de la compraventa al otorgarse la escritura) la acción no podía prosperar.

Finalmente, concluye el Tribunal: "El allanamiento a cumplir hecho extemporáneamente no está, por consiguiente, demostrado, pero si lo estuviere de nada valdría porque el Art. 1609 exige que ese allanamiento tenga lugar 'en la forma y tiempo debidos'".

— IV —

LA IMPUGNACION

En largo escrito, propio más bien de un alegato de instancia, la parte demandante impugna la sentencia del Tribunal con apoyo en la causal primera de casación, pudiendo concretarse tres cargos, así:

Primer cargo.— Violación de ley sustancial "por infracción directa, por aplicación indebida al caso del pleito y por interpretación errónea de las pruebas y de la ley misma".

Dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1546 y 1609 del C. Civil y el 89 de la Ley 153 de 1887, porque estimó que Luis Alfonso Gaviria Niño concurrió a la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 1960, fecha señalada para firmar la escritura de compraventa, siendo así que no concurrió en dicho día, como sí lo hizo la demandante Elvira González Vélez, según las pruebas del juicio y especialmente las declaraciones de Guillermo Saavedra Jiménez y Efraín Cuervo. "Es un hecho evidente o manifiesto que Luis Alfonso Gaviria Niño, representado por su pretendido apoderado, Juan Bautista Gaviria, no asistió a la Notaría Primera el día que se había señalado en el contrato promesa de compraventa, . . . lo que sí hizo Elvira González Vélez. Entonces no cumplió Luis Alfonso Gaviria con el hecho de presentarse en el día y hora para otorgar la escritura de compraventa". Este error —continúa el recurrente— indujo al sentenciador a considerar que el prometiende vendedor había cumplido sus compromisos, que no estaba en mora y que, por el contrario, lo estaba Elvira González Vélez.

También se consideran violadas directamente las disposiciones citadas porque estimó el Tribunal que era inaceptable la excusa dada por la prometiende compradora

de no firmar la escritura, debido a que no se le presentaba el certificado del Registrador actualizado, y en atención a que el poder conferido al doctor Juan Bautista Gaviria no aparecía registrado. Por el desconocimiento de tal excusa, dice el recurso, el sentenciador afirmó que la demandante no tenía la acción alternativa del Art. 1546 del C. Civil, y que el demandado no había incurrido en mora de cumplir las obligaciones a su cargo. Como la prometedora compradora se presentó el 10 de abril de 1960 en la Notaría en donde debía otorgarse el título, lo que no hizo el prometedora vendedor, se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos. Quien no cumplió fue el prometedora vendedor, y así “la sentencia dió por establecido el hecho inexistente de que la prometedora compradora incumplió cuando en realidad cumplió, y dió por establecido o probado un hecho inexistente de que el prometedora vendedor cumplió, cuando en realidad incumplió fue él y no ella, como absurdamente lo sostiene el fallo acusado”.

SE CONSIDERA:

1— Cuando, con apoyo en la causal primera de casación se acusa una sentencia por violación de ley sustancial, no es correcto que respecto de una misma norma se aduzcan a un mismo tiempo las tres formas de violación, por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida.

La falta de aplicación tiene lugar cuando no se hace obrar un precepto que ha debido ser aplicado en el fallo; la interpretación errónea consiste en aplicar la disposición correspondiente al caso, pero dándole un sentido o alcance distinto del que tiene; y la aplicación indebida ocurre cuando se aplica una norma que es ajena al asunto materia de la decisión.

Como se ve estas tres especies de yerro jurídico no se confunden, pues que cada una tiene técnicamente su entidad propia.

La Corte ha dicho que “no es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que aquélla no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a ésta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso

controvertido, pero en un sentido diverso del que ella tiene. En otros términos: la indebida aplicación se presenta cuando entendida rectamente una norma se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado”. (T.XC, pág. 625).

2— El cargo parte de la base de que el Tribunal estimó que el prometedora vendedor concurrió a la Notaría el día en que debía otorgarse la escritura, lo cual no es así, porque lo que ha dicho el sentenciador es cosa bien distinta: que la demandante no probó el cumplimiento de su obligación.

Según lo estipulado en el contrato de promesa de compraventa, la escritura debía otorgarse el 10 de abril de 1960, en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, pero no hay constancia notarial de que en ese día las partes se hubiesen presentado con ese propósito. Dicha constancia es del día siguiente.

En la demanda con que se inició el juicio no se aduce como fundamento o causa de pedir, el hecho de que la demandante hubiese concurrido a la Notaría el 10 de abril de 1960 y que, en cambio, no hubiese concurrido el demandado en esa fecha.

Por consiguiente, alegar ahora esas circunstancias es alegar un medio nuevo en casación, que es inadmisibile, porque con él se pretende variar la relación jurídica procesal.

La demandante partió de la base de que el 11 de abril de 1960 se presentaron las partes en la Notaría y firmaron el acta No. 14 “en la que dejan constancia del incumplimiento”, y aceptando el hecho de que “no se cumplió el contrato de promesa de compraventa”, demanda porque actualmente la prometedora compradora “está lista a cumplir con lo pactado”. No adujo como hecho fundamental de la demanda el de que la prometedora compradora hubiese estado lista en la fecha acordada a otorgar la escritura correspondiente, habiendo dejado de hacerlo el prometedora vendedor.

3— Con base en las pruebas que obran en el juicio, el sentenciador consideró que la excusa dada por la demandante para negarse a firmar la escritura el 11 de abril de 1960 era inaceptable, porque el demandado no contrajo la obligación de aducir en el momento del otorgamiento del título

respectivo, el certificado de libertad actualizado, y porque el poder conferido al doctor Juan Bautista Gaviria era suficiente, como quiera que había sido presentado personalmente para su autenticación ante un Juez, lo cual es una forma de reconocimiento autorizada por la ley, respecto de documentos privados, y no era necesario entonces exigir su registro.

No demostrado que el Tribunal incurriera en los errores que el recurrente le imputa, mal pudo violar por esa causa las disposiciones de la ley sustancial que la censura señala como infringidas. Por lo mismo, el cargo es improcedente.

Segundo cargo.— Expresa el impugnante que la sentencia violó los artículos 696 y 697 del C. Judicial, error que lo llevó a infringir los artículos 1546, 1609 del C. Civil y 89 de la ley 153 de 1887, al no estimar las declaraciones de Guillermo Saavedra Jiménez y Efraín Cuervo, y el acta No. 14 de 11 de abril de 1960. Dice que a tales pruebas se les dió un valor que en realidad no tienen, ya que, por una parte, el acta es del 11 de abril y no del 10, fecha estipulada en el contrato para firmar la escritura de compraventa; y, por otra, que Elvira González sí se presentó en la Notaría el citado 10 de abril de 1960, como lo demuestran los testimonios citados.

“El sentenciador incidió en error de hecho evidente y manifiesto en los autos, —expresa el recurso — porque a pesar de la prueba que acabo de analizar, de que Elvira González Vélez sí compareció el 10 de abril de 1960 en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá (tiempo debido) y Luis Alfonso Gaviria no compareció en esa hora y día señalado por el contrato de promesa de compraventa”, el Tribunal estimó que “el demandado no incurrió en mora de cumplir las obligaciones de su cargo, sino que fué ella quien no las cumplió ni se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debidos...”. “Fuera de que la sentencia violó la ley directamente, se incurrió en error de hecho evidente y manifiesto al absolver a Luis Alfonso Gaviria Niño cuando en realidad ha debido ser condenado conforme se pedía en la demanda”.

Así, el quebranto de las disposiciones citadas por el recurrente lo atribuye éste al “error de hecho” que dice cometido por el sentenciador al fundar su decisión en hechos no establecidos, o que se quisieron tener por establecidos. En este sentido, dice que “la

sentencia incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos al apreciar mal las pruebas, cuando sostiene que Elvira González Vélez no se allanó a cumplir el contrato promesa de compraventa”.

LA CORTE CONSIDERA:

El cargo está mal formulado, porque al expresar el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho por haber apreciado mal el acta notarial y las declaraciones de Guillermo Saavedra y Efraín Cuervo, está confundiendo el error de hecho con el error de derecho. Ambos se proyectan en el campo probatorio, pero con características propias que los hacen inconfundibles.

Hay error de hecho, entre otros casos, cuando sin existir la prueba se da por establecido el hecho correspondiente, o cuando existiendo tal prueba se niega que el hecho esté acreditado. Insistentemente ha venido sosteniendo la Jurisprudencia de la Corte que el error de hecho consiste en pasar por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producida no obstante figurar en el proceso, o en suponer la que no existe, o en estimar la que existe en un sentido contrario a la evidencia que ella ostenta, dándosele un significado manifiestamente contrario al contenido de la prueba, en sí misma considerada.

“El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso 2o del ordinal 1o del artículo 520 del C.J. —ha dicho la Corte— consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que no haya tenido en cuenta la existencia en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo.

“Siendo esto así, si el Tribunal dió por probados unos hechos por medio de la prueba testimonial objetada por el recurrente, el error de hecho en la apreciación de esa prueba no puede consistir simplemente en que el Tribunal apreciara mal esos testimonios, sino en que los apreciara mal por no haber considerado una prueba constante en los autos y que tenga el valor de desvirtuación, de manera evidente, la convicción derivada de ellos, o bien, por haber atribuído a los testigos aseveraciones que ellos no hicieron.

“Si no fuera así, no tendría ningún sentido el precepto legal que habla de mala apreciación de la prueba causada por un error de hecho evidente, pues si en todos los casos en que el Tribunal aprecia mal una prueba, este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más, y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente” (LXXVII, pág.119).

El error de derecho, en cambio, tiene lugar cuando el juzgador al estimar la prueba, le niega un valor que la ley le asigna, o al contrario, le da uno que la ley le niega. En este tipo de error se quebrantan, en primer término, las normas legales sobre valoración probatoria (violación medio), y ese quebranto lleva al sentenciador a infringir las disposiciones de la ley sustancial (violación fin).

En el sub lite el Tribunal tuvo en cuenta las pruebas a que se refiere el impugnante y no incurrió, por consiguiente, en un error de hecho, como lo estima el recurrente.

Si como lo dice el propio autor del recurso, el quebranto de las normas sustantivas tuvo ocurrencia por interpretación errónea de las pruebas que indica, el cargo sería por error de derecho, lo cual pone de manifiesto la improcedencia del cargo por el error de hecho alegado.

Se desecha en consecuencia.

Tercer cargo.— Se acusa la sentencia por violación de los artículos 696 y 697 del C. Judicial, que llevaron al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 1496, 1546, 1609, 1610 y 2652 del C. Civil y 89 de la ley 153 de 1887, artículo 1o de la ley 39 de 1890, 41 de la ley 95 del mismo año y 10o de la ley 56 de 1904.

“La sentencia —dice el recurso— incurrió en la apreciación de las declaraciones de Guillermo Saavedra Jiménez y Efraín Cuervo en error de derecho porque no se aplica el artículo 696 ni el 697 del C.J. a un hecho probado por ellas o sea de que sí se allanó Elvira González Vélez a cumplir con el contrato promesa de compraventa de marzo 11 de 1960, presentándose a la Notaría Primera del Circuito el 10 de abril de 1960 para perfeccionar el contrato de compraventa, pero que no firmó la escritura correspondiente porque no le presentaron por parte del prometiente vendedor los títulos que hagan que pueda aceptar la venta a satisfacción”.

Agrega el impugnante que el Tribunal apreció mal esas pruebas y el acta No. 14 de la Notaría Primera, que demuestran que Elvira González V. estuvo lista a firmar la escritura, pero por razones suficientes no quiso hacerlo.

Considera, por otra parte, que las pruebas estuvieron mal apreciadas, porque el certificado de libertad y vigencia del título presentado por el prometiente vendedor debía estar actualizado en la fecha en que se debía cumplir el contrato de promesa de venta, y el poder con que obraba el apoderado de aquél, debía estar registrado en la Oficina de Registro. “Por consiguiente, continúa el recurrente, la excusa dada por la promitente compradora para no firmar la escritura mientras no le presentaran la titulación completa, tal como se dijo antes, es válida y no es dable concluir que ella incumplió cuando en realidad el incumplido fue el promitente vendedor”.

SE CONSIDERA:

La sentencia acusada analiza las declaraciones de Guillermo Saavedra Jiménez y Efraín Cuervo y el acta notarial No. 14 de que se ha hecho mérito.

Con relación a tales declaraciones, sostiene el fallo que no desvirtúan la constancia dejada por el representante del prometiente vendedor en el sentido de que no se le presentaba el dinero saldo del precio de la negociación. Esta apreciación es respetable para la Corte, porque los Tribunales gozan de autonomía en la apreciación de las pruebas. La Corte, en el ámbito mismo de la casación, no se ocupa directamente de la revisión de los elementos de juicio aportados al debate, cual si fuese un

Tribunal de instancia, pues su misión es la de analizar la sentencia acusada en sus relaciones con la ley. Solamente cuando tratándose de acusación por violación de la ley sustancial a consecuencia de errores en la estimación de las pruebas, se demuestre que el sentenciador incurrió, al apreciarlas en un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, o en un error de derecho que implica una contravención de la ley probatoria con incidencia en la sustancial, puede la Corte modificar el fallo acusado.

Respecto del acta notarial de que se trata, cabe anotar que es un documento público y con relación a él no se ha indicado el precepto de valoración probatoria que se considera infringido. En casación, cuando se trata de error de derecho en la apreciación de pruebas, es necesario indicar la norma de valoración probatoria que se estima violada. "En esta valoración —ha dicho la Corte— puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene, según el derecho probatorio; más, para saber, esto en casación, es indispensable indicar la disposición legal precisa violada por haber atribuído a determinada prueba un valor que aquélla no le dá, o por haberle negado el valor que le dá. No hay, no puede haber error de derecho en la estimación de las pruebas, sin tal indicación exacta, porque el error tiene que resultar precisamente de enjuiciar la apreciación del Tribunal ante los textos de la ley que consagran los medios probatorios, su tarifa y su valor. Sin esta confrontación es

imposible saber, primero si hay error en la estimación de una prueba, y luego si el error golpea sobre los textos objetivos que consagran el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces" (T. LXXVIII, pág. 690).

Se deduce de lo anterior que el cargo no prospera.

RESOLUCION.

En atención a las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente juicio ordinario de Elvira González Vélez contra Luis Alfonso Gaviria Niño.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitan, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., *Secretario.*

ERROR DE HECHO

Exigencias que deben llenarse en la formulación del cargo.— El error de hecho en cuestión probatoria, no puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas.— En casación no es procedente acusar a través del planteamiento global del problema probatorio.— Prueba testimonial.— Su valor cuando se omite contrainterrogar a los deponentes.

1.— La censura en casación por error de hecho en materia probatoria ha de contraerse directamente a la objetividad de los medios, y entonces al caso de que el sentenciador haya supuesto como existente una prueba que no está en el juicio o al de que haya ignorado la que obra en él. Términos en que caben, respectivamente, por lógica correspondencia, los eventos de que haya hecho decir a una prueba lo que ella no dice o que haya dejado de ver lo que la misma expresa. Y que en una u otra hipótesis: suposición o ignorancia de elementos probatorios, el sentenciador haya llegado a formarse por tal motivo una noción falsa de los hechos del litigio, determinativa del pronunciamiento violatorio de la ley sustancial.

2.— Nunca el error de hecho en cuestión probatoria, puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas, porque entonces el desacierto en que incurriese el juzgador constituiría un yerro de valoración, específicamente distinto al de hecho que, como está visto, sólo concierne a la objetividad: presencia o ausencia, de los medios de que se sirviera para formar su convencimiento acerca de las cuestiones fácticas debatidas.

3.— Cuando en el recurso extraordinario se pretende acusar por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es preciso que se señalen, singularizándolos, los medios en relación con los cuales se haya incurrido por el fallador en el yerro que se le imputa, el cual debe aparecer de modo manifiesto en los autos, todo como lo enseña la invariable doctrina jurisprudencial, en acatamiento a la ley del recurso (art. 520 ordinal 1o y 531 C.J.; hoy artículos 52 ordinal 1o y 63 Decreto 528 de 1964).

4.— Como lo tiene dicho la Corte en reiteradas sentencias que son muchedumbre y cuya recensión sería ahora superfluo hacer, pues que son ampliamente conocidas, cuando en casación se ataca una sentencia por error en la apreciación del material probatorio, es preciso, para que la acusación no sea frustránea, que se especifique, individualizándola, la prueba o cada una de las pruebas en cuyo examen y estimación haya el juzgador cometido el yerro

que se le atribuye; que se indique la especie del mismo; en qué consiste; y, si fuere de valoración, cuál el precepto probatorio vulnerado, y por qué.

Todo ello, por cuanto según la preceptiva legal concerniente a la técnica de la demanda de casación, cuando la violación de la ley sustancial se arguya como consecuencia 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 por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos."

Por lo mismo, dada la necesidad de que, en el ataque en casación por error de apreciación probatoria, se cumpla con las precisiones de que se acaba de hablar, resulta que, como lo predica la doctrina jurisprudencial, no procede en este extraordinario recurso acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente a la que el juzgador de instancia profesó.

Así que los esfuerzos dialécticos del impugnante, por hábiles y detenidos que sean, si no cumplen con el imperativo de singularizar las tachas probatorias, sacándolas del ámbito de las generalizaciones, no pueden hacer que la Corte baje a buscar en el proceso cuáles sean en concreto los medios de convicción que el sentenciador apreciara erróneamente, ya in facta, ya in iure; si los yerros son ciertos; y si ocurrió alguno en relación a determinada medio fué por si sólo suficiente a generar las conclusiones del fallo.

5.— El artículo 693 del C. Judicial se limita a disponer que "salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba". Como se ve, éste artículo no disciplina el caso de testimonios producidos con prescindencia de las repreguntas propuestas para los declarantes, así que esta sola circunstancia no les quita el valor que

puedan tener en conformidad con las disposiciones legales correspondientes.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 11 de septiembre de 1962, en el juicio ordinario seguido por Hilda Madrid Arcila frente a José Emeterio Moreno Escobar y Germán Galvis Castaño.

— I —

EL LITIGIO

Refiere la demanda incoativa del juicio: que, el miércoles 29 de mayo de 1957, hacia las siete de la mañana, en Medellín, la señorita Hilda Madrid Arcila subió al bus de pasajeros distinguido con las placas de servicio público número 57057, en tránsito hacia el centro de la ciudad:

que, desviando la ruta, el conductor encaminó el vehículo hacia la bomba "El Surtidor", para proveerlo allí de gasolina, lo que en efecto se hizo, estando todos los pasajeros a bordo y sin objeción de empleado alguno de la empresa gasolinera;

que cuando ya abastecido, el bus iba a partir, se produjo en su parte frontal un incendio que se extendió hasta un charco de gasolina proveniente de la que se había desbordado, al alimentarlo;

que ni el conductor, ni los empleados de la bomba pusieron a funcionar extintor alguno; y los pasajeros, presa del pánico, se apresuraron a arrojar del carruaje, entre ellos la demandante, quien al lanzarse al pavimento, "cayó en medio del charco encendido, a causa de lo cual se le incendiaron sus vestidos y sufrió quemaduras graves en las piernas";

que por tal causa, la misma Madrid Arcila ha sufrido los perjuicios a que el libelo se refiere; y

que es dueño del vehículo, José Emeterio Moreno Escobar; y de la bomba, lo es Germán Galvis Castaño.

Por razón de estos antecedentes, Hilda Madrid Arcila demandó en juicio ordinario a los nombrados Moreno Escobar y Galvis Castaño, para que se decida que el accidente relatado ocurrió por culpa del conductor del vehículo y del empleado abastecedor de la bomba; que por causa del mismo accidente, la demandante ha sufrido perjuicios morales y económicos; y que los demandados están solidariamente obligados a pagarle el valor de esos daños, mas los intereses legales y las costas de la litis.

En derecho sustancial se invocan señaladamente los artículos 2341, 2344 y 2349 del C. civ.

Los demandados, en contestaciones separadas, se opusieron a las peticiones del libelo, de cuyos hechos aceptaron algunos en cierta forma, negaron otros y dijeron no constarles los demás.

Por el fallo de primera instancia, el Juez 2o. Civil del Circuito de Medellín absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon, pronunciando que, en el segundo grado, abierto por apelación de la demandante, confirmó el Tribunal Superior en sentencia de 11 de septiembre de 1962, contra la cual la parte vencida ha interpuesto el recurso de casación que ahora se resuelve.

— II —

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Encuentra el Tribunal que, en la ocurrencia que se contempla, el aprovisionamiento de gasolina al bus fué una operación independiente de la que se verificó luego para alimentar el carburador, en vista de que el motor no encendía, acción ésta que no se realizó mediante la manguera, dada la distancia de cuatro metros mas o menos a que habían retirado el vehículo, y que "debió proceder presuntivamente del chofer o conductor mismo, mientras no se acredite otra cosa".

Que las lesiones sufridas por la señorita Hilda Madrid Arcila, en ese acaecer, fueron causadas por la inflamación de la gasolina que se regó por el suelo, cuando era alimentado el carburador del vehículo, pero que en la producción de las mismas intervino la culpa de la víctima, quien "en forma atropellada,

sin tener en cuenta la puerta trasera o de emergencia por donde salieron muchos pasajeros, mas bien presa del pánico que reinó en el acto del incendio como lo dicen todos los testigos, sin previsión alguna y debido a la caída precisamente en el sitio del incendio, determinó las lesiones que necesariamente no se hubieran producido si la prudencia en esos momentos se hubiera empleado en forma debida y además, la confusión reinante, elemento extraño, contribuyó a la motivación de esas lesiones”.

E insistiendo en esta idea, agrega en otro pasaje lo siguiente: “En el caso de autos está acreditado que los daños del vehículo a causa del pequeño incendio fueron mínimos; que los demás pasajeros, si algunos presentaron heridas (dos de ellos), fué por haber quebrado vidrios de las ventanillas, pues los demás salieron ilesos, y que sólo la demandante —por un error suyo de conducta— se expuso imprudentemente a que el incendio formado en el suelo le causara las heridas debido a la caída sufrida y también, por qué no decirlo, por haber salido por la puerta posterior (sic) del vehículo y por el hecho de que terceros —como se dice y acredita— la empujaron hasta caer en el pavimento”.

Todo lo cual lleva al sentenciador a sostener que “entre el hecho culposo del conductor del vehículo (señor Róbinson Pineda como lo anota un testigo) y el daño sufrido por la demandante, no existió el vínculo o nexo necesario de causalidad, requisito este indispensable que para la responsabilidad del autor del daño debe acreditarse”. Concluye así que “la responsabilidad no existe para los efectos de la indemnización a la señorita Hilda Madrid Arcila por las lesiones que sufrió”.

Tales los motivos que llevaron al Tribunal a confirmar en todas sus partes la sentencia del *a quo*, plénamente absolutoria de los demandados.

— III —

LA DEMANDA DE CASACION

Situándose en el ámbito de la causal primera, dice proponer dos cargos por violación indirecta de la ley sustantiva, el uno por causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y el otro por errores de derecho en su valoración.

Primer cargo.— Su formulación y sus alegaciones son como siguen: Que la sentencia recurrida viola, por falta de aplicación, el artículo 1757 del Código Civil, y por aplicación indebida, el artículo 2356 ibidem, por cuanto “el medio que condujo a la infracción de los mencionados artículos fué el error de hecho en que incurrió el Tribunal respecto de los artículos 472 y 972 del Código Judicial, al deducir de las pruebas sobre el posible pánico que cundió entre los pasajeros del bus, un hecho que en realidad no sucedió, es decir que el accidente y los daños sufridos por la demandante fueron originados por ese pánico”. Porque es incuestionable que el pánico, si en realidad lo hubo entre los pasajeros del bus en que iba la demandante, no fué lo que originó el “conato” de incendio o ignición del reguero de gasolina, ni las quemaduras sufridas por la actora, sino que fué el incendio lo que produjo el pánico y los daños sufridos por ella. Por otra parte, el Tribunal estima, en forma contradictoria, que en la motivación del accidente intervino la culpa de la víctima, endilgándole a ésta un error de conducta, “dizque porque salió por la puerta delantera, sin tener en cuenta la puerta trasera o de emergencia por donde salieron muchos pasajeros”. Es que acaso no demuestra ello una gran prudencia en la señorita Madrid Arcila, en cuanto al ver usada por muchos pasajeros la mal llamada puerta de emergencia, y por encontrarse más cerca de la delantera, rápidamente escogió ésta, que mayores facilidades le ofrecía para abandonar el bus?.

“Se deduce de todo lo anterior —dice el recurrente— que el Tribunal, al apreciar los testimonios relativos al posible pánico de los pasajeros del bus que conducía a la demandante, supuso un hecho que en realidad no sucedió, vale decir que el pánico o la confusión que pudo presentarse entre ellos fué el origen de la ignición del reguero de gasolina y de las quemaduras sufridas por la demandante, conclusión a la cual llegaron los Magistrados del Tribunal por una disconformidad entre su entendimiento y el ser real del suceso. Por este camino el Tribunal incurrió en violación de medio, por error de hecho, respecto al artículo 972 del Código Judicial, al deducir de los testimonios un hecho inexistente, y como consecuencia de ello en violación indirecta del artículo 1757 del Código Civil que dejó de aplicar, puesto

que no exigió a los demandados la prueba de rigor para exonerarse de la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por la actora; y, finalmente, en violación indirecta del artículo 2356 del Código Civil, por interpretación errónea, al pretender deducir de dicho texto consecuencias inadecuadas a su verdadero contenido y en contra de la señorita Hilda Madrid Arcila, quien después de haber demostrado el accidente, los daños sufridos y la relación de causalidad entre el uno y los otros, desplazó la carga de la prueba en los demandados, a quienes evidentemente correspondía probar fuerza mayor, caso fortuito, o intervención de un elemento extraño no imputable a ellos y originario de la consumación del accidente”.

LA CORTE CONSIDERA:

Es manifiesta la inanidad del cargo.

Ante todo, porque la censura en casación por error de hecho en materia probatoria ha de contraerse directamente a la objetividad de los medios, y entonces al caso de que el sentenciador haya supuesto como existente una prueba que no está en el juicio o al de que haya ignorado la que obra en él. Términos en que caben, respectivamente, por lógica correspondencia, los eventos de que haya hecho decir a una prueba lo que ella no dice o que haya dejado de ver lo que la misma expresa. Y que en una u otra hipótesis: suposición o ignorancia de elementos probatorios, el sentenciador haya llegado a formarse por tal motivo una noción falsa de los hechos del litigio, determinativa del pronunciamiento violatorio de la ley sustancial.

Pero, nunca el error de hecho, en cuestión probatoria, puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas, porque entonces el desacierto en que incurriese el juzgador constituiría un yerro de valoración, específicamente distinto al de hecho que, como está visto, sólo concierne a la objetividad: presencia o ausencia, de los medios de que se sirviera para formar su convencimiento acerca de las cuestiones fácticas debatidas.

De otro lado, cuando en el recurso extraordinario se pretende acusar por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es preciso que se señalen, singularizándolos, los

medios en relación con los cuales se haya incurrido por el fallador en el yerro que se le imputa, el cual debe aparecer de modo manifiesto en los autos, todo como lo enseña la invariable doctrina jurisprudencial, en acatamiento a la ley del recurso (arts. 520 ord. 1o y 531 C. J.; hoy arts. 52 ord. 1o y 63 Decreto 528 de 1964).

El cargo que se contempla peca abiertamente contra todos estos principios: está estructurado por error de hecho respecto de los artículos 472 y 972 del C. J., cuya referencia ni siquiera serviría para una tacha por error de derecho probatorio, pues no son preceptos de valoración; y no determina cuáles fueron las pruebas en cuya estimación hubiera errado de hecho el Tribunal.

Segundo cargo.— Se formula y desenvuelve así: Que el Tribunal violó indirectamente, por falta de aplicación el artículo 1757 del Código Civil, y por indebida aplicación los artículos 2356, 2341, 2344 y 2347 de la misma obra.

“El medio que condujo a la infracción consistió en que el Tribunal incurrió en error de derecho, al desestimar, por inadecuada valoración probatoria, las declaraciones de testigos, los dictámenes periciales y los documentos provenientes de autoridad pública, a través de los cuales quedó perfectamente demostrado, con el mérito que a tales elementos probatorios otorgan los artículos 601, 632, 692, 697 y 722 del Código Judicial, no sólo el motivo del accidente, imputable por entero a los demandados, sino también las características y la magnitud de los daños sufridos por la demandante, y la relación de causalidad entre el primero y los segundos”.

Fracciónase el cargo, en dos secciones, así:

A)— Que la violación indirecta de los artículos 1757 y 2356 del C. Civ., “por error de derecho en la valoración de varias pruebas”, resulta de haber atribuido el sentenciador la causa del accidente a un supuesto error de conducta de la demandante, en cuanto estima que “al ocurrir la ignición del reguero de gasolina no salió por la puerta de atrás, por una parte, y porque, *se aventó al pavimento sin esperar que bajaran los pasajeros*, *‘lo que lleva a considerar la culpa misma de la víctima’*. Pero en realidad no se advierte por ningún aspecto el error de conducta de la actora a que se refiere el Tribunal. Es obvio que el pasajero que se encuentre en el primer asiento delantero del

lado derecho de un bus, al pié de la puerta de entrada del mismo y en el extremo opuesto de la puerta trasera, debe buscar, en un momento de apremio, salida del vehículo por la primera y no por la segunda de dichas puertas... Acaso la demandante sólo habría obrado con prudencia, según la tesis del Tribunal, si hubiera esperado que bajaran todos los pasajeros, no obstante el riesgo inminente de la explosión del motor del bus por la ignición del reguero de gasolina?— La afirmación que hace el Tribunal sobre el supuesto error de conducta de la demandante, no sólo carece de todo valor lógico, como ya quedó determinado, sino que también se funda en algunas declaraciones aportadas por los demandados, testimonios que no pueden legalmente perjudicar a la señorita Hilda Madrid Arcila, y que son inocuos ante el juzgador, pues en el juicio se omitió preguntar a los declarantes de conformidad con el pliego que el apoderado de ella presentó oportunamente. El Tribunal incurrió de esta manera en violación de medio, por error de derecho, respecto del artículo 693 del Código Judicial, al hacer la valoración de unas declaraciones que carecen de eficacia legal, y en violación de la misma naturaleza y por el mismo concepto, en relación con los artículos 697, 632 y 722 del Código Judicial, por desconocer el mérito que tales normas atribuyen, en su orden, a las declaraciones de testigos, documentos de funcionarios públicos y dictámenes periciales que la demandante aportó al juicio...”.

Dicho lo cual, el impugnante alega que en virtud de todos esos medios la actora comprobó: que no hubo error de conducta de su parte; que el accidente consistió en la ignición de un reguero de gasolina que quedó después de que el bus fué abastecido de combustible, reguero que los empleados de la bomba y del bus no secaron, ni al cual se preocuparon por mezclarle agua; que esa ignición se produjo, sin intervención alguna de la actora, por hecho atribuible exclusivamente a los demandados; que éstos, en la explotación del vehículo el uno, y de la bomba de gasolina el otro, ejercitaban actividades peligrosas; que los daños sufridos por la demandante, cuya descripción precisa se encuentra en los dictámenes periciales de los médicos nombrados por las partes y del tercero designado por el Juez, prueban por sí mismos la relación de causalidad entre los

propios daños y el accidente; y que las maniobras ejecutadas por los empleados de la bomba y del bus en el carburador, luego de las cuales se produjo la ignición en referencia, son anormales.

Argumenta, después, que “De las contestaciones a la demanda, de los memoriales de prueba presentados por los opositores y de los medios de defensa adoptados por éstos se desprende, sin forzamientos, que se inculpan mutuamente y que de este modo el uno pretende radicar en el otro la falta de prudencia y la violación de disposiciones legales sobre suministro de combustible a vehículos automotores. De tal manera que ante el Tribunal no había razón alguna para eximir a los demandados, cuyas manifestaciones contradictorias constituían de por sí prueba favorable a la actora, de la carga probatoria establecida por el artículo 1757 del Código Civil, y mucho menos para radicarla, de manera arbitraria, en la señorita Hilda Madrid Arcila.

Que es obvio que el Tribunal “interpretó de manera errónea la obligación de los demandados de reparar el daño causado por la negligencia de ellos”, máxime cuando estima que el incendio no se produjo en el abastecimiento de combustible sino cuando, “por un ‘hecho normal dentro de lo anormal’, fué alimentado el carburador, procedimiento que aunque acostumbrado por los conductores constituye imprudencia, como lo conceptúan los señores peritos”. La presunción de culpa que consagra el artículo 2356 del Código Civil, no podía ser desvanecida con el argumento de que “el abastecimiento del tanque y la alimentación del carburador fueron actos independientes, ya que ambos se cumplieron en el mismo lugar, sin solución de continuidad y con participación activa de dependientes de los opositores. Finalmente, es inconcebible pretender que quien, como la actora, no fué agente de la actividad peligrosa misma sino uno de los tantos pasajeros, hubiera estado en una situación de expectativa tan completa como para seguir minuciosamente todas las etapas de atención al vehículo cuando éste llegó a la bomba”. Así, pues, “el Tribunal incurrió en interpretación errónea de dicha disposición al dar por establecido que la tal conducta impropia por parte de la actora los exonera de culpa en el caso”.

B)— Y que la violación indirecta de los

artículos 2341, 2344 y 2347 del C. Civ. se produjo "por errónea valoración de los elementos probatorios con los cuales la demandante demostró la culpa de los demandados en la ocurrencia del accidente, los perjuicios sufridos por ella y la relación de causalidad entre la culpa y los perjuicios. . . —En efecto, la demandante aportó una sólida serie de pruebas que llenan a entera satisfacción los requisitos de los artículos 697, 632 y 722 del Código Judicial, mediante testimonios, documentos emanados de funcionarios públicos y experticios cuyos contenidos concluyen a establecer, de manera clara, no sólo la relación de causalidad entre el accidente y los daños, las circunstancias que sirven de fundamento a la presunción de culpa sobre los demandados y el cumplimiento de los hechos por dependientes directos y exclusivos de estos mismos, sino también los elementos generadores de la solidaridad, de acuerdo con el artículo 2344 del Código Civil".

Que la actitud del Tribunal, al menospreciar tácitamente las pruebas aportadas por la demandante, contrasta con el criterio de laxitud que aplicó en la crítica de las que adujeron los demandados para tratar de descargarse; y que ni aún el hecho de las mutuas inculpaciones entre éstos le sirvió para preservar la presunción de culpa de los mismos, sino que antes bien lo indujo, mediante demeritación de las pruebas de la parte actora, a desvanecer el influjo de los citados artículos 2341, 2344 y 2347 del Código Civil.

LA CORTE CONSIDERA:

Como resulta de lo expuesto al despachar el primer capítulo de la censura, y como lo tiene dicho la Corte en reiteradas sentencias que son muchedumbre y cuya recensión sería ahora supérfluo hacer, pues que son ampliamente conocidas, cuando en casación se ataca una sentencia por error en la apreciación del material probatorio, es preciso, para que la acusación no sea frustránea, que se especifique, individualizándola, la prueba o cada una de las pruebas en cuyo examen y estimación haya el juzgador cometido el yerro que se le atribuye; que se indique la especie del mismo; en qué consiste; y, si fuere de valoración, cuál el precepto probatorio vulnerado, y por qué.

Todo ello, por cuanto según la preceptiva legal concerniente a la técnica de la demanda de casación, cuando la violación de la ley sustancial se arguya como consecuencia 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 por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de *modo manifiesto* en los autos".

Por lo mismo, dada la necesidad de que, en el ataque en casación por error de apreciación probatoria, se cumpla con las precisiones de que se acaba de hablar, resulta que, como lo predica la doctrina jurisprudencial, no procede en este extraordinario recurso acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente a la que el juzgador de instancia profesó.

Así que los esfuerzos dialécticos del impugnante, por hábiles y detenidos que sean, si no cumplen con el imperativo de singularizar las tachas probatorias, sacándolas del ámbito de las generalizaciones, no pueden hacer que la Corte baje a buscar en el proceso cuáles sean en concreto los medios de convicción que el sentenciador apreciará erróneamente, ya *in facto*, ya *in jure*; si los yerros son ciertos; y si ocurrido alguno en relación a determinado medio fué por si sólo suficiente a generar las conclusiones del fallo.

Ahora bien: examinando a la luz de estos principios el segundo cargo, se encuentra que todo él, en los dos sectores en que se divide, se limita a ensayos de alegación acerca de que el quebranto de las normas del Código Civil a que alude, se produjo como consecuencia de errores de derecho en la valoración de "algunas declaraciones aportadas por los demandados" y de la "serie de pruebas" aducidas por la actora consistentes en "testimonios, documentos emanados de funcionarios públicos y experticios", pero sin señalar individualmente los medios a que el impugnante intentara referirse, alrededor de todo lo cual enhebra sus conceptos acerca de lo que las pruebas en conjunto demuestran, para contraponerlos a las deducciones obtenidas por el Tribunal. Trátase, pues, en cada sección del segundo cargo, de una acusación a través del planteamiento global del respectivo problema probatorio, lo que como ya está dicho, no es de recibo en el

recurso extraordinario.

Y si todavía y sobre la hipótesis de que el recurrente hubiera cumplido con el requisito de determinar concretamente las pruebas materia de la indebida valoración, tuviese que entrar la Corte en el examen de los reparos, aún así se encontrarían estos ineficaces por las siguientes razones:

En la sección primera del cargo, sólo relativa a la estimación de "algunas declaraciones aportadas por los demandados", se citan como textos probatorios infringidos los artículos 697, 693, 632 y 722 del Código Judicial. Mas resulta que el 697 se circunscribe a otorgar el valor de plena prueba, en los casos en que el testimonio es admisible, a las deposiciones de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. El texto carece entonces de pertinencia en relación con la tacha de que "algunas declaraciones" fueron tomadas sin repreguntar a los deponentes, como lo había solicitado la parte contraria. El 693 se limita a disponer que "salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba". Como se ve, este artículo no disciplina el caso de testimonios producidos con prescindencia de las repreguntas propuestas para los declarantes, así que esta sólo circunstancia no les quita el valor que puedan tener en conformidad con las disposiciones legales correspondientes. El 632 y el 722, nada tienen que ver con la prueba testimonial, pues aquél se refiere a la prueba por documentos auténticos y el último a la pericial. Bien se advierte, pues, que el recurrente tampoco acertó a demostrar que, violando las normas

del régimen probatorio y como consecuencia necesaria de su quebrantamiento, el sentenciador hubiera tenido por demostrados los hechos con base en los cuales fundó su decisión.

Finalmente, por lo que hace a la segunda sección del cargo, el acusador se limitó a alegar la violación indirecta de la ley sustancial "por errónea valoración de los elementos probatorios" con que, según él, la demandante demostró los hechos de la acción, y que esa prueba llena los requisitos de los artículos 697, 632 y 722 del C. J. Es éste un típico ejemplo de impugnación a través del planteamiento global del problema probatorio, en cuya exposición no se muestra cuáles fueron los medios mal tratados, ni los aspectos por los cuales hubieran sido infringidas las dichas disposiciones probatorias en sus respectivas relaciones con tales medios.

No prospera, pues, el recurso.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada

Ricardo Ramírez L. Secretario.

REIVINDICACION

De un bien poseído por los herederos.— La no citación de alguno o algunos, afecta no el presupuesto procesal de capacidad para ser parte sino la acción misma en el elemento denominado legitimación pasiva en causa.— En casación no procede la fusión de dos cargos dentro del mismo capítulo.— Carácter de los artículos 205, 329, 342 y 343 del C. Judicial.— Error de derecho en la apreciación de pruebas.— Hay una diferencia fundamental entre la violación indirecta por error de hecho o de derecho, y la violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustantiva.— Prueba testimonial.— Exigencias que debe llenar para darle el valor de plena.

1.— La muerte de una persona da origen a que sobre los bienes que integran el patrimonio herencial se forme una comunidad universal, en virtud de la cual todos los herederos son titulares del derecho de herencia en todos y cada uno de los bienes que forman dicha universalidad y por una cuota equivalente a su respectivo derecho. En razón de la titularidad per universitatem que tienen todos los herederos en la masa hereditaria, ellos forman un consorcio pasivo y necesario para responder de las acciones que tiendan a sustraer bienes que pertenecen al patrimonio sucesoral. Esta la razón por la cual la acción reivindicatoria de un bien que poseen los herederos como tales, debe dirigirse contra todos éstos para la prosperidad del litigio, pues la no citación de alguno o algunos, afecta no el presupuesto procesal de capacidad para ser parte sino la acción misma en el elemento denominado legitimación pasiva en causa, sin el cual la pretensión no puede tener éxito. En cambio, por activa, cada heredero en razón de sucederle al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1008 del C.C.) y de la representación del causante en tales derechos y obligaciones (art. 1155 ibidem), puede demandar para todos los herederos a los cuales aprovecha lo favorable de la decisión, y perjudicará solamente al demandante lo desfavorable de ella.

Si bien todos los herederos tienen la titularidad per universitatem al bien reclamado o la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, la no citación de alguno o algunos de ellos no configura la causal 3a. de nulidad estatuida en el artículo 448 del C. Judicial, porque en tal caso la nulidad

proveniente de falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio, como lo enseña la jurisprudencia, solo se predica de las personas que habiendo sido demandadas no han sido notificadas o emplazadas en forma legal, pero no toca con las personas que no han sido incluidas en el libelo.

2.— El cargo, reñido en mucho con la técnica del recurso, involucra dos causales de casación, la de violación directa de normas del Código Judicial que estima sustanciales, y la de nulidad del proceso por falta de citación o emplazamiento de personas que han debido ser citadas al juicio, con quebranto del artículo 448 ord. 3o. del C. Judicial. La fusión de dos cargos dentro del mismo capítulo sería suficiente para rechazarlos, porque el artículo 531 del C. Judicial (después el 63 del Decreto 528 de 1964), dispone que "Si son varias las causales del recurso se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una". Las nulidades procedimentales de que puede estar viciado un juicio se hacen valer en el recurso de casación con fundamento en la causal 6a. del artículo 520 del Código Judicial y hoy 4a. del citado Decreto.

3.— En relación con la violación de los artículos del Código Judicial citados por el acusador por interpretación errónea de ellos, cabe observar que el 205, que señala las formalidades que debe reunir la demanda, el 342, que dispone que las excepciones no constituyen incidentes de previa pronunciamiento, porque se deciden en la sentencia, son normas procesales pero no sustantivas, por lo mismo, ajenas al recurso

extraordinario (art. 520 del C. J.); y el 329, que define en abstracto cuáles hechos constituyen excepciones perentorias, y el 343 que ordena al Juez reconocer la excepción perentoria que encuentre justificada, por sí solos, sin norma de derecho material que consagre el hecho exceptivo, no alcanzan a configurar la violación de leyes que impone la causal primera de casación. Es indispensable citar el precepto que reconoce el derecho del recurrente y que violó el sentenciador no aplicándolo.

4.— Sabido es que el error de derecho en la apreciación de pruebas supone que el sentenciador leyó o vió lo que el medio de juicio dice, pero que al valorarlo dentro de la tarifa legal le dió un mérito que no tiene, o le desconoció el que le fija la ley.

5.— El recurrente contra toda la técnica de casación propone la censura con respaldo en los incisos 1o. y 2o. del artículo 520 del C. J. lo que es reñido con la lógica del recurso, porque entre la violación directa, aplicación indebida ó interpretación errónea de la ley sustantiva, y la indirecta por error de hecho o de derecho hay una diferencia fundamental, puesto que la primera nada tiene que ver con el aspecto probatorio o cuestión de hecho, que se acepta como lo admite el fallador, para examinar solamente la infracción o desconocimiento de la ley sustancial; y la segunda debe concretarse a demostrar el error que haya alegado el acusador y el quebranto que por consecuencia de él recibieron las normas sustantivas citadas por el mismo.

6.— El sentenciador dentro de la facultad discrecional que tiene en formar su convicción íntima sobre la verdad de los hechos expuestos por los testigos que declararon dentro de un juicio, debe examinar sus exposiciones para ver si en las respuestas al interrogatorio hay una narración responsiva que sea la expresión de los hechos con conocimiento de ellos, exacta o ceñida a la verdad, y completa en cuanto no debe haber ningún vacío en su relato, como lo dispone el artículo 688 del C. Judicial. Si en este examen el juzgador advierte que no se cumplen tales exigencias, no puede decirse que los deponentes concuerdan en las circunstancias que exige el artículo 697 del C. Judicial para darle el valor de plena prueba al dicho de dos o más testigos hábiles.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada.)

Adela Vitola de Flórez citó ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Sincelejo, en juicio ordinario, a la sucesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola, representada por sus herederos Pablo Vitola M., Ana Cristina Vitola viuda de Benítez y Benigno Vitola M.

con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

“a) — Que la finca rural conocida con el nombre de La Chivera o La Lucha situada en el punto conocido con el nombre de La Chivera, jurisdicción de Sincelejo, y cuyos linderos dejo expresados, pertenece en propiedad a mi representada señora Adela Vitola de Flórez, y debe serle restituída y entregada.

“b) — Que como la sucesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola representada como queda expresado, es poseedora de mala fe, debe restituirla con sus frutos naturales y civiles desde que la retiene.

“c) — Que si tal finca llegare a ser incluída en el acta de inventario y avalúo de los bienes de la sucesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola, debe ser excluída de allí por las mismas razones legales y de hecho que dejo expuestas.

“d) — Que deben pagarse las expensas y costas del juicio si hay oposición a la demanda”.

Los hechos se resumen así:

El juicio sucesorio de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola se halla radicado en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Sincelejo y en él fueron reconocidos como herederos sus hijos Pablo Vitola M. Ana Cristina Vitola viuda de Benítez, Benigno Vitola, Adela Vitola de Flórez, a esta se le reconoció también como cesionaria de los derechos herenciales de Generosa Vitola y Raquel Vitola.

En el juicio ejecutivo seguido por Luis J. Herazo contra Pedro Vitola en el Juzgado Municipal de Sincelejo, remató Andrés Gómez Patrón el 20 de abril de 1920 una finca de cañas y plantaciones, situada en el punto llamado La Chivera, comprendida por estos linderos: “Por un lado, con finca de Agustín Sierra, por otro lado, con el potrero del doctor Julio Enrique Vargas, por otro lado, con finca de Nicolás Martínez”.

Andrés Gómez, por medio de la escritura 479 de 9 de octubre de 1944, autorizada en la Notaría de Sincelejo, vendió a Adela Vitola de Flórez la misma finca, “y entró en posesión regular de dicho bien por el registro del título...”.

Fallecidos Pedro Vitola y su cónyuge Juana Montes de Vitola, sus herederos Pablo Vitola M. Ana Cristina Vitola de Benítez y Benigno Vitola, “han considerado que el bien raíz

expresado pertenece a la sucesión" Vitola Montes, y especialmente al heredero Pablo Vitola M. quien lo retiene y explota con prescindencia de los demás herederos aunque sostiene que pertenece a las mortuorias preindicadas. La finca se halla incluida en la relación de bienes de la herencia y se pretende inventariar.

La demandante Adela Vitola, a quien, además de ser heredera de sus padres Vitola Montes, se le reconoció la condición de cesionaria en los derechos de sus hermanas Generosa y Raquel Vitola, pidió y obtuvo en el juicio de sucesión ya nombrado que se levantara el secuestro de la finca que en él se había decretado invocando su título de propietaria. Pablo Vitola M. dió su aquiescencia y firmó la diligencia de entrega quedando sometido a la voluntad de la dueña.

En escrito posterior fue corregida la demanda para incluir como demandados a Manuel Vitola e Ignacia Montes de Vitola.

Aunque los demandados Pablo, Ana Cristina, Benigno e Ignacio Vitola Montes constituyeron apoderado, este contestó solamente a nombre de los tres primeros negando los hechos fundamentales de la demanda, y oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas.

El Juzgado basado en que no fueron incluidos en la demanda tres de los herederos que le habían hecho cesión de sus derechos a la actora Vitola de Flórez, absolvió a los demandados de los cargos formulados, en sentencia de 12 de diciembre de 1959 en cuanto no se estableció la legitimación en causa de la parte demandada.

Apelada la decisión de primer grado, el Tribunal Superior de Cartagena desató el recurso por fallo de 25 de agosto de 1961 mediante el cual resolvió:

"1o.— Se revoca la sentencia apelada.

"2o.— Se declara no probada la excepción de prescripción alegada.

"3o.— Declárase de propiedad de la señora Adela Vitola de Flórez, la finca conocida con el nombre La Chivera o La Lucía situada en jurisdicción de Sincelejo y distinguida por los linderos señalados en la diligencia de inspección ocular.

"4o.— Se condena a la sucesión conjunta de Pedro Vitola Paternina y Juana Montes de Vitola representada por sus herederos, a restituir a la señora Adela Vitola de Flórez la finca denominada La Chivera o La Lucha que

se distingue por los linderos ya explicados en el numeral 3o. Restitución que se hará en el término de ocho días a partir de la ejecutoria del fallo.

"5o.— No se accede a decretar las otras peticiones formuladas en el libelo.

Se condena en costas del juicio a la parte demandada".

Motivación de la sentencia de segunda instancia.

Copia los pasos del fallo de primer grado en que se examina si se han establecido los presupuestos procesales y se sostiene que, por no haber sido citados al juicio los herederos que le cedieron sus derechos a la demandada, falta el presupuesto procesal "de falta de legitimación en causa". Se ocupa el sentenciador de este aserto, y observa que la legitimación en causa, por referirse a la titularidad del demandante para seguir la acción y a la del demandado para responder de ella, no es un presupuesto procesal, como lo tiene aceptado la Corte en fallos en que rectifica el concepto de que la legitimación en causa era un presupuesto o elemento de la relación jurídico procesal. Confirma su concepto el Tribunal transcribiendo sendas partes de tres sentencias de la Corte en que sienta esta doctrina.

La aplica al caso de la sucesión y advierte que no siendo persona jurídica "necesariamente debe ser representada en juicio por los herederos, quienes responden como sujetos pasivos de la relación jurídica que se pretende definir en el proceso"; que la falta de legitimación pasiva en causa no está en la omisión de haber incluido en la demanda a uno o más herederos, sino en la carencia de titularidad del sujeto pasivo del derecho reclamado. Por estas razones la sucesión conjunta de Pedro Vitola y Juana Montes, representada por Pablo, Ana Cristina, Benigno e Ignacia Vitola Montes, está obligada a responder de la acción reivindicatoria propuesta por Adela Vitola de Flórez.

De admitirse la tesis de que el sujeto pasivo está siempre formado por todos los herederos, en el caso concreto, Adela Vitola tendría que incluirse también en la parte demandada como heredera que es de los causantes Montes Vitola, y así no podría reivindicar el bien cuyo dominio dice pertenecerle por título diferente de la sucesión.

Para el Tribunal la doble sucesión de los

cónyuges Vitola Montes está bien representada en este juicio.

Pasa luego a examinar los elementos de la acción reivindicatoria, y halla que la posesión del inmueble en litigio la acreditan la confesión que hacen los demandados en la contestación del primer hecho de la demanda, donde expresan que "como herederos de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola, son continuadores de los derechos de esos y por ello ocupan y poseen en común y proindiviso —el globo de terreno— que constituye la finca denominada La Lucha o La Chivera, cosa que hacen por intermedio de Pablo Vitola y otros". A esta confesión se unen las declaraciones de los testigos Manuel Padilla Pión y Felipe Martínez Hernández.

La identidad del inmueble la establecen satisfactoriamente la inspección ocular practicada con peritos y el concepto rendido por estos.

La actora acompañó al libelo de demanda copia de la escritura 173 otorgada en la Notaría de Sincelejo el 13 de abril de 1946 por la cual se protocoliza la diligencia de remate de una finca de cañas dulces y otras plantaciones, situada en el punto nombrado La Chivera, el cual se efectuó en el Juzgado Municipal de Sincelejo el 20 de abril de 1920, y se registró en la misma fecha. También adujo copia debidamente registrada de la escritura 479 de 9 de octubre de 1946, pasada en la misma Notaría, la cual contiene la venta que Andrés Gómez Patrón le hace a Adela Vitola de Flórez de la misma finca a que se refiere el remate.

Obra también en copia la escritura 537 de la Notaría de Sincelejo por la cual Amalia Vitola de Oviedo y Generosa Vitola de Montiel ceden a Adela Vitola de Flórez los derechos herenciales que pudieran corresponderles en la finca La Lucha ubicada en Sincelejo en el punto llamado La Chivera.

La parte demandada presentó la escritura 203 extendida en la Notaría de Sincelejo el 9 de agosto de 1928, la cual recoge la venta que Antonio Mogollón M. le hace a Pedro Vitola Paternina del derecho de dominio que tiene "en la mitad de una octava parte de los tres quintos del globo de terreno denominado El Salado en jurisdicción de Sincelejo, donde el comprador Vitola tenía establecida una finca de cañas, yerbas y plantaciones agrícolas", comprendida por los linderos expresados en el mismo instrumento. Anota el sentenciador

que lo adquirido por Vitola fue una cuota parte que el vendedor tenía en abstracto en la comunidad denominada El Salado.

Agrega que, como el Juez del conocimiento estuvo bien cerciorado de que la finca por rematar era de propiedad de Pedro Vitola, de lo contrario el remate no se habría efectuado, hay que concluir que las pruebas de la actora acreditan mejor derecho que el de la sucesión demandada.

Acerca de la excepción de prescripción alegada por los demandados, observa el fallador que, por no especificar si proponen la treintenaria o la veintenaria, hay que admitir que se trata de la primera, la cual cuenta desde abril de 1920, cuando todavía no regía la ley 50 de 1936, y que para que pudiera entenderse la de veinte años, no comenzaría a contarse sino desde 1936.

La diligencia de absolución de posiciones indica que la demandante Vitola de Flórez entró en posesión de la finca en disputa en 1948 por intermedio de su yerno Julio Benítez, y la cual posee actualmente Pedro Vitola Montes (sic). Por lo mismo, ni la posesión de los causantes Pedro Vitola Paternina y Juana Montes de Vitola ni la de Pablo Vitola alcanza a completar el tiempo para adquirir el dominio por prescripción. En efecto, si los padres de los demandados ocuparon la finca desde el año de 1920 que fue rematada "hasta 1948 en que ya posee la actora, la posesión de los de cujus solo cuenta 28 años, pero que fue interrumpida con la posesión de la actora en 1948, y precisamente esa interrupción impide la prescripción por cuanto para su viabilidad se requiere que la posesión sea ininterrumpida".

De aquí infiere el Tribunal que la posesión de Pablo Vitola Montes, que dice tiene en nombre de los herederos que representan la sucesión de sus padres, lógicamente comienza desde 1948, por lo cual tampoco cuenta con el tiempo necesario para usucapir. Sobre este particular agrega que el excepcionista, contradiciendo la confesión que hace en la décima pregunta de las posiciones sometidas a la actora, pretende ahora que su posesión fue ininterrumpida pasando de los causantes a los herederos.

Finalmente, observa que si bien los testigos Pablo Vergara, Inocencio Sierra, Clemente Escobar y Juan Mercado, hablan de la posesión ininterrumpida de la finca, su dicho está desvirtuado con la confesión a que acaba

de aludir. Además, Pablo Vergara se refiere a una finca sin distinguirla por sus linderos, lo cual le resta mérito a su declaración. Los otros dicen que los linderos de la finca son los que se han leído, respuesta inadmisibles de conformidad con el artículo 688 del C. J. que no permite al testigo decir que 'es cierto el contenido de la pregunta' "sino que debe explicar su respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos. Consecuencia de todo ello es que no está demostrada la prescripción alegada en excepción".

RECURSO DE CASACION.

El apoderado de la parte demandada impugnó la sentencia del Tribunal con el recurso extraordinario de casación que, habiendo recibido la tramitación legal, entra la Corte a resolver:

La demanda que funda el recurso contiene tres cargos: uno por la causal 6a. del artículo 520 del C. Judicial, otro por interpretación errónea de normas que estima sustantivas; y el tercero en razón de haber incurrido el sentenciador en errores de derecho en la apreciación de algunas pruebas y de haber violado en consecuencia disposiciones sustanciales.

Primer cargo. (2o. de la demanda).— Se considera en primer término la tacha que toca con el error improcedendo, y que expone así: "Causal sexta —Ordinal 6o. del artículo 520 del Código Judicial— Como se expresó anteriormente, a las señoras Generosa y Emilia Raquel Vitola Montes, por haber sido reconocidas como herederas en el juicio de sucesión de sus padres, Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola, correspondía demandarlas, porque la actora conocía su condición de herederas y se abstuvo de incluirlas, subsiste la nulidad consagrada en el inciso 3o. del artículo 448 del Código Judicial, lo cual invalida la actuación desde el auto admisorio de la demanda inclusive.

"El Tribunal estimó que no existía la mencionada nulidad o se abstuvo de declararla, quebrantando el artículo 448 del Código Judicial por apreciación errónea".

LA CORTE CONSIDERA:

La muerte de una persona da origen a que sobre los bienes que forman el patrimonio

herencial se forme una comunidad universal, en virtud de la cual todos los herederos son titulares del derecho de herencia en todos y cada uno de los bienes que forman dicha universalidad y por una cuota equivalente a su respectivo derecho. En razón de la titularidad *per universitatem* que tienen todos los herederos en la masa hereditaria, ellos forman un consorcio pasivo y necesario para responder de las acciones que tiendan a sustraer bienes que pertenecen al patrimonio sucesoral. Esta la razón por la cual la acción reivindicatoria, de un bien que poseen los herederos como tales, debe dirigirse contra todos estos para la prosperidad del litigio, pues la no citación de alguno o algunos, afecta no el presupuesto procesal de capacidad para ser parte sino la acción misma en el elemento denominado legitimación pasiva en causa, sin el cual la pretensión no puede tener éxito. En cambio, por activa, cada heredero en razón de sucederle al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1008 del C. C.) y de la representación del causante en tales derechos y obligaciones (art. 1155 *ibidem*), puede demandar para todos los herederos a los cuales aprovecha lo favorable de la decisión, y perjudicará solamente al demandante lo desfavorable de ella.

Si bien todos los herederos tienen la titularidad *per universitatem* al bien reclamado o la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, la no citación de alguno o algunos de ellos no configura la causal 3a. de nulidad estatuida en el artículo 448 del C. Judicial, porque en tal caso la nulidad proveniente de falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, como lo enseña la jurisprudencia, solo se predica de las personas que habiendo sido demandadas no han sido notificadas o emplazadas en forma legal, pero no toca con las personas que no han sido incluidas en el libelo.

De otra parte, la nulidad generada en la causal 3a. del precitado artículo 448 solo pueden alegarla quienes no fueron legalmente notificados o emplazados, según lo preceptúan los artículos 456 y 457 del C. Judicial, y lo sostiene la jurisprudencia de la Corte.

Infiérese que no configurándose la causal 3a. procesal consagrada en el artículo 448 del C. Judicial, no se da la causal de casación invocada por el recurrente con base en que no

fueron demandadas las herederas Generosa y Emilia Vitola Montes.

Segundo cargo. (1o. de la demanda).— Lo presenta en estos términos: “Causal Primera.—Ordinal 1o. del artículo 520 del Código Judicial— La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, quebrantó la causal la. del artículo 520 del Código Judicial, por interpretación arrónea de los artículos 205, 329, 342 y 343 del C. Judicial y normas que señalan los presupuestos procesales, disposiciones todas de carácter sustantivo”.

Con miras a demostrar el cargo, enuncia como presupuestos procesales: “A) — Competencia. B) — Capacidad para ser parte. C) — Capacidad procesal. D) — Legitimación en causa”, y expone que, según la jurisprudencia, cuando el Juzgado advierte que no están demostrados algunos de estos requisitos, debe “Abstenerse de fallar y declarar la excepción o nulidad correspondiente”.

Anota que él Juez del conocimiento en el primer fallo estimó que no estaban reunidos los presupuestos, y decretó la nulidad del proceso “a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive”; pero que el Tribunal al desatar la apelación, revocó aquel proveído, porque encontró que la omisión de algunas de las personas señaladas como representantes de la sucesión demandada no es “causa de nulidad adjetiva o procesal, sino asunto relativo a la personería sustantiva”, o cuestión de fondo que debe resolverse en la sentencia.

Transcribe los artículos del Código Judicial 329, que se refiere a los hechos que constituyen excepciones perentorias, 342, que dispone decidir las en la sentencia definitiva, 343 que ordena al Juez reconocer las que halle justificadas aunque no se hayan propuesto, ni alegado, salvo la de prescripción, y 448 que consagra las causas de nulidad de todos los juicios, y sigue exponiendo el recurrente que Generosa y Raquel Emilia Vitola Montes fueron reconocidas herederas de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola en el juicio sucesorio; que si bien vendieron parte de sus derechos a Adela Vitola Flórez, continuaron vinculadas a la sucesión por el resto, y representaban la masa hereditaria, que la actora omitió demandar a sus hermanas Generosa y Raquel Emilia, “con lo cual prescindió visiblemente de uno de los presupuestos procesales denominados ‘legitimación en causa’, “Y que el Tribunal

equivocadamente consideró que no era necesario demandar a todos los herederos porque la sucesión quedaba representada por algunos de ellos”, para satisfacer la exigencia sobre presupuesto procesal y obligar con la sentencia a la entidad sucesoral; que no habiendo sido demandadas las dos herederas prenombradas, debiendo serlo, “es evidente que no han sido citadas en la forma legal resaltando la nulidad determinada en el inciso 3o. del artículo 448 del Código Judicial”.

Añade el recurrente que la omisión en la demanda de personas que debían ser citadas al juicio, constituye la excepción perentoria llamada por la jurisprudencia ‘petición de modo indebido’ que inhibe al fallador de estudiar el fondo de la cuestión propuesta, como erróneamente lo hizo el Tribunal Superior de Cartagena.

Cita algunos fallos de la Corte que tratan de la legitimación en causa de los herederos para demandar y ser demandados en las acciones que tienen o pesan sobre la herencia, y concluye: “La actora no cumplió satisfactoriamente las exigencias del artículo 205 del Código Judicial, al no indicar la totalidad de los herederos reconocidos, y si fue desechada la nulidad procesal, correspondía apreciar la excepción perentoria de petición de modo indebido en la sentencia”. E infiere que el Tribunal violó por interpretación errónea los artículos 205, 329, 342 y 343 del Código Judicial.

La Corte considera:

El cargo, reñido en mucho con la técnica del recurso, involucra dos causales de casación, la de violación directa de normas del Código Judicial que estima sustanciales, y la de nulidad del proceso por falta de citación o emplazamiento de personas que han debido ser citadas al juicio, con quebranto del artículo 448 ord. 3o. del C. Judicial. La fusión de dos cargos dentro del mismo capítulo sería suficiente para rechazarlos, porque el artículo 531 del C. Judicial (después el 63 del Decreto 528 de 1964), dispone que “Si son varias las causales del recurso se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una”. Las nulidades procedimentales de que puede estar viciado un juicio se hacen valer en el recurso de casación con fundamento en la causal 6a. del artículo 520 del Código Judicial y hoy 4a.

del citado decreto.

Estas razones y lo expuesto en la consideración de la tacha anterior sobre que el no haber demandado a todos los herederos de los causantes Vitola y Montes de Vitola en la acción reivindicatoria *sub lite* no genera nulidad procesal sino que toca con la titularidad de la parte demandada, permiten despachar desfavorablemente el cargo en lo referente a la nulidad.

En relación con la violación de los artículos del Código Judicial citados por el acusador por interpretación errónea de ellos, cabe observar que el 205, que señala las formalidades que debe reunir la demanda, el 342, que dispone que las excepciones no constituyen incidentes de previo pronunciamiento, porque se deciden en la sentencia; son normas procesales pero no sustantivas, por lo mismo, ajenas al recurso extraordinario (art. 520 del C. J.); y el 329, que define en abstracto cuáles hechos constituyen excepciones perentorias, y el 343 que ordena al Juez reconocer la excepción perentoria que encuentre justificada, por sí solos, sin norma de derecho material que consagre el hecho exceptivo, no alcanzan a configurar la violación de leyes que impone la causal primera de casación. Es indispensable citar el precepto que reconoce el derecho del recurrente y que violó el sentenciador no aplicándolo.

Esta censura tampoco puede prosperar.

Tercer cargo. Lo propone en estos términos: "Causal primera, incisos 1o. y 2o. del artículo 520 del Código Judicial.

"La sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 2512, 2518, 2527, 2531, 2532 y 2538 del Código Civil, por apreciación errónea de las pruebas que a continuación se analizan lo cual condujo al Tribunal a un error de derecho manifiesto en los autos".

Las razones con las cuales busca demostrar la tacha se resumen así:

El apoderado de los demandados invocó oportunamente la excepción de prescripción adquisitiva del dominio en favor de Pablo Vitola Montes y de la sucesión, pues fallecidos los padres, este continuó poseyendo y explotando económicamente la finca denominada La Chivera o La Lucha con carácter de dueño y sin solución de continuidad hasta el 11 de marzo de 1953, en que se produjo la interrupción por virtud de la demanda que se debate en este juicio..

Copia el impugnante los artículos 2512 2531, 2532 y 2538, arriba citados, y continúa exponiendo que el Tribunal apreció equivocadamente las pruebas que establecen de manera clara la posesión por más de treinta años, ejercida por los cónyuges Vitola Montes del año de 1920 hasta su muerte, y luego, por Pablo Vitola Montes.

Las pruebas que acreditan plenamente esta posesión ininterrumpida de treinta años las integran los testimonios que dieron Pablo Vergara, Inocencio Sierra, Clemente Escobar y Juan Mercado, y las posiciones que absolvió la actora Adela Vitola de Flórez.

Los "testigos en lo sustancial concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo tiempo y lugar (art. 697 del C. J.)".

Si alguna tacha pudiera hacerse al testimonio de Pablo Vergara, no ocurre lo mismo con los otros tres "suficientes para probar el hecho o hechos que propone el demandado y que configuran la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio (art. 697 del C. J.)".

Una confrontación entre estos testimonios y la absolución de posiciones, hace ver que no existe contradicción alguna entre lo afirmado por aquellos y lo confesado por la demanda. Y en el supuesto de que hubiera alguna contradicción entre estos dos medios de prueba, habría que aceptar la confesión y darle el valor probatorio que le asigna el artículo 606 del C. J.

De estas pruebas surge que ni Andrés Gómez Patrón ni la actora poseyeron la finca *sub iudice* antes de 1953, que a pesar del remate efectuado por aquel y la compra que luego le hizo Adela Vitola de Flórez, la posesión la tuvieron siempre a partir de 1920 los cónyuges Pablo Vitola y Juana Montes, y fallecidos éstos, Pablo Vitola Montes "en su propio nombre y como representante de la sucesión".

En el año de 1948, se le permitió a la demandante Vitola de Flórez cultivar una parte mínima de la finca, por intermedio de su yerno, pero la posesión económica del predio la tuvieron siempre Pablo Vitola y la sucesión.

No puede, por tanto, afirmarse que hubo alguna interrupción de la posesión, y siendo esto así se operó la prescripción extraordinaria en favor de Pablo Vitola Montes y de la sucesión de su padre, pues la etapa comprendida de 1920 (remate de

Andrés Gómez Patrón), hasta la presentación de esta demanda, 11 de marzo de 1953, es superior a treinta años, exigidos por el artículo 2532 del C. Civil.

La posesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola corresponde acumularse a la posterior de Pablo Vitola ejercida en su propio nombre y en representación de la sucesión de sus padres. (art. 2531 del C. C.).

El hecho de presentar la demanda en marzo de 1953 y afirmar en ella que Pablo Vitola M., Ana Cristina Vitola viuda de Benítez y Benigna Vitola, especialmente, como herederos en la sucesión de los cónyuges Vitola Montes, retienen y poseen la finca La Chivera o La Lucha, según dicen a nombre de la sucesión alegando que perteneció a los causantes, demuestra que Adela Vitola de Flórez nunca ha tenido la posesión de dicha finca, ni de una parte mínima de ella.

Si hubiera tenido la posesión siquiera de una parte, no se justificaría la acción reivindicatoria por falta de uno de los elementos de ella, y en la demanda no se menciona el hecho de la posesión de Adela Vitola de Flórez por conducto de su yerno en 1948.

Por manera que el Tribunal incurrió en manifiesto error cuando afirma que en 1948 se produjo la interrupción de la posesión que tenía Pablo Vitola a su nombre y en el de la sucesión y que los testimonios que se han analizado y la confesión de la demandada no demuestran la posesión de más de treinta años sin solución de continuidad.

Si el predio La Chivera o La Lucha cuando se presentó la demanda ya había sido adquirido por usucapión extraordinaria del dominio por Pablo Vitola y por la sucesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola, la acción reivindicatoria se extinguió por imperio del artículo 2538 del Código Civil.

Por último, observa que tampoco el secuestro de la finca interrumpió la prescripción y cita una doctrina de la Corte que en lo atinente dice: "El embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consuma la prescripción adquisitiva de ella".

La Corte considera:

La sentencia interpreta la excepción de prescripción alegada por el apoderado de los demandados en términos poco claros, en el sentido de que se trata de la extraordinaria de

treinta años, porque se cuenta desde el 20 de abril de 1920, cuando no había sido expedida la ley 50 de 1936, y porque para que pudiera entenderse que se trataba de la veintenaria solo podría contarse el término de veinte años desde la vigencia del estatuto de 1936.

Halla luego que en la décima pregunta de las posiciones absueltas por la demandante, hay una confesión o reconocimiento de que en el año de 1948 Adela Vitola de Flórez, la actora, entró en posesión de la finca que posee Pablo Vitola actualmente a nombre de los herederos, que hubo, por consiguiente una interrupción en la posesión que impide la prescripción.

Y respecto de la prueba testimonial sobre la posesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola y la de sus herederos Pablo Vitola Montes y sus hermanos, rechaza, en primer término, el dicho de los cuatro declarantes porque hablan de una posesión ininterrumpida en contradicción con la confesión de Pablo Vitola. Y observa, además, que el deponente Pablo Vergara se refiere a una finca cuyos linderos no expresa, lo cual le resta mérito, y que los otros responden que "los linderos son los que se han leído", contra lo que dispone el artículo 688 del C. J. cuando dice que no se debe admitir que el testigo se limite a manifestar que es cierto el contenido de la pregunta sino que debe explicar la respuesta para demostrar que dice la verdad con conocimiento de causa.

A los dos asertos de que en la pregunta décima del pliego de posiciones hay una confesión o reconocimiento de la interrupción de la prescripción invocada por Pablo Vitola Montes, y de que rechaza la prueba de testigos porque no son responsivos en cuanto a los linderos de la finca, el recurrente le imputa que cometió un error de derecho porque estas pruebas acreditan plenamente la posesión por más de treinta años. Sabido es que el error de derecho en la apreciación de pruebas supone que el sentenciador leyó o vió lo que el medio de juicio dice, pero que al valorarlo dentro de la tarifa legal le dió un mérito que no tiene, o le desconoció el que le fija la ley.

La censura por error de derecho debía encaminarse a demostrar que, al darle el sentenciador pleno mérito al contenido de la décima pregunta contestada afirmativamente por la absolvente, violó directamente el artículo 606 del Código Judicial e indirectamente las normas sustantivas. Pero

contra toda la técnica de casación propone la censura con respaldo en los incisos 1o y 2o del artículo 520 del C. J. lo que es reñido con la lógica del recurso, porque entre la violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de la ley sustantiva, y la indirecta por error de hecho o de derecho hay una diferencia fundamental, puesto que la primera nada tiene que ver con el aspecto probatorio o cuestión de hecho, que se acepta como lo admite el fallador, para examinar sólo la infracción o desconocimiento de la ley sustancial; y la segunda debe concretarse a demostrar el error que haya alegado el acusador y el quebranto que por consecuencia de él recibieron las normas sustantivas citadas por el mismo.

Pero prescindiendo de este aspecto, resulta que el impugnante no se ocupa de demostrar el error de derecho en que haya incurrido el Tribunal dándole pleno mérito a la confesión o reconocimiento que en la décima pregunta encontró de haber sido interrumpida la posesión de Pablo Vitola como heredero de sus padres. No intentó siquiera demostrar esta fase del cargo, sino que en el desarrollo desvió hacia el error de hecho consistente en que el fallador no vió en la absolución de posiciones de la actora el hecho de la posesión continua de treinta años alegada por la parte demandada.

En lo tocante con la prueba testimonial acepta el censor la tacha que el Tribunal le hace al testigo Pablo Vergara, pero nada dice respecto de las observaciones formuladas en la sentencia a los otros tres testigos, sino que se limita a afirmar que en lo sustancial concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que son suficientes para demostrar la prescripción.

El sentenciador dentro de la facultad discrecional que tiene en formar su convicción íntima sobre la verdad de los hechos expuestos por los testigos que declararon dentro de un juicio, debe examinar sus exposiciones para ver si en las respuestas al interrogatorio hay una narración responsiva que sea la expresión de los hechos con conocimiento de ellos, exacta o ceñida a la verdad, y completa en cuanto no debe haber ningún vacío en su relato, como lo dispone el artículo 688 del C. Judicial. Si en este examen el juzgador advierte que no se cumplen tales exigencias, no puede decirse que los deponentes concuerdan en las circunstancias

que exige el artículo 697 del C. Judicial para darle el valor de plena prueba al dicho de dos o más testigos hábiles.

En este caso, el Tribunal tuvo como motivos suficientes para que a su conciencia de fallador no le merezca credibilidad o plena fe el dicho de los testigos, porque, por una parte, Pablo Vergara se refiere a una finca cuyos linderos no relata, y los otros tres, Inocencio Sierra, Clemente Escobar y Juan Mercado tampoco los expresan sino que se limitan a decir que el predio está comprendido por los límites "que se han leído" sin dar razón de su dicho, y, de otra, porque estos afirman que Adela Vitola Montes nunca ha estado en posesión del inmueble disputado, cuando la misma parte demandada reconoce lo contrario. No puede decirse, en estas condiciones, que el sentenciador haya cometido error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, y que haya violado directamente el artículo 697 del C. Judicial, porque esto no puede afirmarse sino cuando se desestiman las declaraciones de testigos responsivos, exactos y completos que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Finalmente, debe observarse que el litigio se trabó con la aceptación por la parte demandada de que Pablo Vitola Montes poseía la finca La Chivera como heredero y a nombre de los demás herederos, y en el recurso, a propósito de la excepción de prescripción, plantea el cargo pretendiendo que las pruebas analizadas establecen que la posesión invocada la ha tenido a nombre propio y a nombre de los herederos, es decir, que ha poseído el bien en forma ambigua, lo cual constituye un medio nuevo, porque la posesión propia no se planteó ni en la demanda ni en la contestación de ella. Esto se agrega a lo expuesto, para concluir que el cargo no puede prosperar.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de fecha 25 de agosto de 1961 proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Adela Vitola Flórez contra la sucesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

*Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo
C. Posada.*

*Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera
Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo*

Ricardo Ramírez L., Secretario.



ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Planteamiento ilógico y antitécnico del cargo.— Límite de la autonomía del juzgador en la apreciación probatoria.— Qué presupone el error de derecho.— El ataque a la personalidad de los testigos es impropio en el recurso de casación.— No es dable alegar, a la vez, error de hecho y de derecho respecto de un mismo medio de prueba.

1.— *La acusación funda el ataque en error de hecho en la apreciación de las pruebas y al mismo tiempo en la valoración equivocada que le imputa al juzgador por violación "directa" de normas probatorias que inciden en el valor que tales normas le otorgan a los medios probatorios establecidos en el título XVII del Libro II del Código de Procedimiento Civil.*

Tal planteamiento, lo ha repetido insistentemente la Corte, falta a la lógica y a la técnica de casación porque desnaturaliza los principios que distinguen el error de hecho y el error de derecho y las diversas consecuencias que ellos generan en la consideración y definición del recurso, sin que la Corte pueda escoger libremente la índole de los errores que motivan el ataque en la forma en que se ha propuesto.

En cuanto a la naturaleza de estas dos clases de errores y a las consecuencias que sean del caso deducir, conviene recordar lo expuesto por la Corte en diversas sentencias, entre otras en la de 23 de marzo de 1954, G. J. T. LXXVII, Nos. 2138 y 2139, pág. 119.

2.— *La apreciación que de las pruebas haga el fallador debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte, a menos que en la apreciación de la prueba aparezca de manifiesto, es decir, con evidente claridad el error de hecho en que incurrió el fallador.*

3.— *El error de derecho presupone la existencia del medio de prueba y su apreciación por el juzgador pero que éste al valorarlo violó las normas legales que regulan su mérito probatorio, ya sea otorgándole el que no tiene, o negándole el que la misma tarifa le concede expresamente.*

4.— *Le asiste razón al opositor cuando afirma que el ataque hecho por el impugnante a la personalidad de los testigos —que entre otras cosas no está acreditado como delictiva en los autos— le hubiere servido para que en instrucción hubiera tachado tales testimonios. Ello es impropio en el recurso de casación.*

5.— *Constituye falta de técnica acusar el fallo por error de hecho y de derecho, simultáneamente, en relación con una misma prueba.*

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

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse).

Se entra a definir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial datada el 14 de enero del año próximo pasado.

ANTECEDENTES

Ofelia García hablando en su carácter de madre natural del menor Alfredo, presentó demanda contra la señora Elena Rico vda. de Camacho y contra la menor Viola Patricia Camacho Camargo, representada por su madre natural Lucía Camacho, ambas representantes de la sucesión de Alfredo Camacho Deogradt, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera.— El menor Alfredo García, hijo de Ofelia García, es hijo natural del señor Alfredo Camacho Deogradt, fallecido en la ciudad de Girardot el día 11 de febrero de 1957.

Segunda.— El referido Alfredo, como heredero forzoso o legítimo que es, tiene derecho, en concurrencia con la demandada Viola Patricia Camacho Camargo y sin perjuicio del derecho de terceros, a recibir el título de herencia en la sucesión intestada del señor Alfredo Camacho Deogradt, "la mitad legítima y la cuarta de mejoras sin perjuicios de los acrecimientos a que hubiere lugar".

Por la tercera súplica se impetra el derecho

que tiene la demandante a recibir los frutos naturales y civiles de la sucesión intestada de Alfredo Camacho Deogradt.

Por la cuarta, se pide que las demandadas Elena Rico vda. de Camacho y Viola Patricia Camacho Camargo, están obligadas a pagar "al menor Alfredo García en la proporción a que legalmente hubiere lugar entre ellas, la cuota o porción que de los frutos naturales y civiles producidos por los bienes de la sucesión del nombrado Camacho Deogradt, le correspondan al menor Alfredo García, desde la fecha de la contestación de la demanda o desde en la en que ha debido ser contestada, hasta el día en que el menor reciba los bienes que le corresponden y que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad de su representante.

En la quinta súplica se pide que se ordene extender el acta del reconocimiento del caso.

Por la sexta, que se ordene el registro de la sentencia en las competentes oficinas; y

Por la séptima, se pide la condenación en costas.

Es bueno advertir que la demanda sólo fué contestada por la menor Camacho Camargo. Y que el juez *a-quo*, que lo fué el 6o. civil de este circuito, falló la instancia en forma esencialmente favorable a los intereses de la parte actora.

Apelado este fallo el Tribunal lo desató en la sentencia que es materia del recurso de casación, y por medio de la cual confirmó el fallo del sentenciador *a-quo*.

EL FALLO ACUSADO

El fallador de instancia hace un detenido examen sobre legitimación en causa de la parte demandada; tal cuestión no es motivo del recurso que se desplaza a atacar el fallo por otros motivos.

El Tribunal analiza prolijamente los presupuestos contenidos en el numeral cuarto del artículo 4o de la ley 45 de 1936 para poder llegar a formular la declaratoria inicial de paternidad natural. Y al hacer ese estudio dice entre otras cosas y con el respaldo en doctrinas de la Corte, lo siguiente:

"Dos, son por lo tanto, los presupuestos en que se debe fundamentar la declaración de paternidad natural con causa en la existencia de relaciones sexuales entre la madre natural y el pretense padre: primero, que dichas relaciones fueron notorias y estables; y

segundo, que el hijo nació después de los 180 días siguientes al que comenzaron o dentro de los 300 días al en que terminaron. La notoriedad de las relaciones sexuales implica el hecho de que sean comunmente conocidas en el lugar donde residan los amantes dentro del vecindario o círculo social donde se desarrollaron, de tal modo que toda persona que se mueve dentro de él puede tener conocimiento de ellas.

"La notoriedad, —ha dicho la Corte Suprema— es concepto que se opone a lo secreto, como lo momentáneo a lo estable. De la misma manera que la ley no contempla, como base de presunción de paternidad, los contactos eventuales, tampoco admite los ocultos, por razón de los abusos que ello podría acarrear". (G. J. Nos. 2235—2236. págs. 574).

Y continúa el Tribunal:

"Ahora: como la notoriedad admite grados, pues hay uniones irregulares de una evidencia pública general; otras cuya fama llega a traspasar los límites del vecindario y aún de la ciudad y la comarca, tanto por la forma de las relaciones, vgr., con comunidad de habitación, como por la calidad económica y social de los amantes y el factor tiempo, cuya mayor duración propaga e incrementa ese conocimiento; otras en que no hay comunidad de habitación, ni trato común aparente de los amantes, y en las cuales éstos procuran proceder sin ostentación evitando lo más posible la publicidad la que, en consecuencia, está limitada al círculo de sus amigos y relacionados; y otras que, al circunscribirse a la época de la concepción o parte de ella, no se hacen tan visibles como aquellas que llegan a cubrir largo tiempo, a la vida común de los amantes, el criterio estimativo del enunciado factor de la notoriedad, debe relacionarse con las particulares características que ofrezcan la especie de relaciones que se aduzcan como base del reconocimiento impetrado". (G. J. nos. y págs. citados).

Sentados estos antecedentes, el fallador entra a hacer un estudio detenido de los elementos de prueba aducidos al proceso; y es así, como al transcribir las varias declaraciones recibidas llega a la conclusión de que se han cumplido las exigencias a que se refiere el numeral cuarto del artículo 4o de la ley 45 de 1936. En efecto analiza las declaraciones de

Alfonso Torres, Jose María Cuellar Poveda, Alejandro Rodríguez Rodríguez, Angel María Pacheco, Angel María Caballero, Emilia Lozano de Montaña, Carlina Aragón Gutiérrez, Gonzalo Moncaleano Guzmán, José Joaquín Montaña Lozano y las posiciones de la señora Elena Rico vda. de Camacho Deogradt, quien como se ha dicho, no contestó la demanda.

Alfonso Torres, José María Cuellar Poveda, Alejandro Rodríguez Rodríguez y Angel María Pacheco, forman el grupo de cuatro declarantes que asistían con frecuencia al departamento del señor Camacho Deogradt y directa y personalmente se dieron cuenta de las relaciones sexuales y notorias habidas entre el nombrado Camacho Deogradt y Ofelia García, relaciones de las cuales vino a nacer el niño Alfredo García el 21 de noviembre de 1956.

Sobre estos aspectos el Tribunal relievra lo siguiente:

“Alfonso Torres, de 42 años de edad el 8 de septiembre de 1949, conoció a Camacho por razón de negocios, y a Ofelia García por presentación que de ella le hizo Camacho.

“Por su permanente residencia en Girardot y por sus relaciones de amistad con Camacho y la García, tuvo conocimiento de que entre ellos hubo relaciones sexuales de carácter notorio y permanente “especialmente” entre los meses de enero y julio de 1956, porque así se lo había manifestado Camacho en varias ocasiones, porque ‘casi todos los días’ se entrevistaba con éste en su apartamento, y porque había visto que Camacho abrazaba, besaba y acariciaba “amorosamente” a Ofelia brindándole el trato que dá ‘un hombre a una mujer con la cual tiene relaciones no solamente amorosas sino también carnales o sexuales’, porque cuando estaba en el apartamento y llegaba Ofelia, Camacho les ‘manifestaba’ a quienes allí estuvieran que se ‘retiraran’, porque se iba a estar a solas con su concubina’, y porque en el lapso comprendido entre enero y julio de 1956, en que el testigo iba por la mañana al apartamento de Camacho, encontraba a éste ‘acostado con Ofelia’ y generalmente Camacho mandaba a llevar alimentos al apartamento para los dos. Agregó el testigo que del mes de julio de 1956 en adelante, Ofelia ‘ya presentaba señales externas de embarazo’, y que Camacho le manifestó personalmente y en varias

ocasiones, que ‘el hijo que Ofelia había tenido, en el mes de noviembre de 1956’, era el fruto de las relaciones sexuales que tenía con ella, que lo reconocía como su hijo, y que le encontraba un gran parecido físico con él; que ‘en muchas ocasiones’ presenció que Camacho le daba ‘cantidades de dinero a la señora Ofelia para que atendiera a su sostenimiento y al de su hijo’, y que cuando Ofelia lo llevaba al apartamento de Camacho, ‘lo tomaba en sus brazos, lo acariciaba como a su hijo, y comentaba que era el que más se parecía de sus hijos, y en general lo acariciaba como a su descendiente’; que después de julio de 1956, las relaciones entre Camacho y Ofelia ‘se hicieron menos intensas’, pero que Ofelia seguía frecuentando el apartamento de Camacho, por lo menos cada quince días. Terminó el testigo su exposición diciendo que ‘la conducta de Ofelia García era de completa fidelidad para con Camacho, pues no tenía relaciones con ningún otro hombre y además le tenía gran cariño y respeto por razón de su posición social’.

“Contrainterrogado este testigo en diligencia llevada a cabo algunos días después, ratificó lo expuesto en su primera declaración respecto de los distintos episodios que presenció en las visitas que hacía a Camacho en su departamento, y que con lo que éste le decía respecto de la García, llevaron al testigo a la convicción de que entre aquél y ésta existieron relaciones sexuales estables, durante el primer semestre de 1956, y que fruto de esas relaciones fué el niño Alfredo, a quien el testigo conoció como a los tres meses de nacido en el propio apartamento de Camacho, en circunstancias ya anotadas.

“A pesar de que la finalidad del contrainterrogatorio a que se sometió al testigo, fué la de llevarlo a precisar detalles en cuanto al número de veces que ocurrieron los hechos que relató en su primera exposición y en cuanto a las fechas precisas y personas que pudieron presenciarlos, es lo cierto que tal investigación, no determinó contradicciones u omisiones en el testimonio, que esencialmente infirmaron los hechos por él aseverados al rendir su testimonio”.

Anota el Tribunal cómo estos cuatro testigos se reunían con frecuencia en el departamento de Camacho Deogradt, en donde esos amigos se entregaban al juego, y debido a su constante concurrencia a ese sitio en forma directa pudieron darse cuenta de las

relaciones sexuales y estables sostenidas entre el señor Alfredo Camacho Deogradt y doña Ofelia García, relaciones iniciadas a principios del año 1956 hacia los meses de enero o febrero.

Destaca el Tribunal cómo estos cuatro declarantes fueron sometidos a un minucioso contrainterrogatorio sin que se hubiera logrado infirmar lo expuesto en forma tan categórica por ellos.

Se refiere, asimismo, el fallador a la exposición del médico Angel María Caballero (folio 60 vt. C., No. 3), en la cual manifiesta que el señor Angel María Pacheco Vargas le llevó a su consultorio "a una señora para que diagnosticara si estaba o no embarazada" diagnóstico que confirmó "un embarazo reciente de uno o dos meses de gestación". El testigo Pacheco Vargas afirma que en el mes de mayo de 1956 Camacho le pidió "por ser su confidente y amigo íntimo, el favor de que llevara a Ofelia a donde el médico doctor Angel María Caballero para que la examinara, pues, "el presumía que la había preñado". Que el testigo prestó ese servicio a Camacho, y que el doctor constató que "evidentemente Ofelia García tenía unos tres meses de estar embarazada".

Emilia Lozano de Montaña, Celmira Aragón Gutiérrez y Gonzalo Moncaleano Guzmán, vecinos de la fracción de Calzón del Municipio de San Luis en el Tolima, a donde Ofelia García trasladó su residencia en el mes de septiembre de 1956 y nació Alfredo, declararon aparte de este hecho, y de que Ofelia García era una mujer honrada, que observaba buena conducta y no había tenido relaciones amorosas o sexuales con otros hombres; que Camacho Deogradt enviaba a ésta después de que le nació el hijo y por medio de José Joaquín Montaña Lozano, hijo de la primera de las testigos nombradas, diferentes sumas de dinero para sus gastos y los del niño, hecho que las testigos supieron por referencias que les hicieron los mismos Ofelia García y José Joaquín Montaña Lozano.

Joaquín Montaña Lozano de 19 años de edad el 20 de abril de 1961 "relató que había conocido a Camacho porque Ofelia se lo había presentado en Girardot, para que por medio de él le enviara los dineros que aquel había quedado de mandarle; y que efectivamente después de haber ido el testigo como unas tres veces a Girardot al apartamento del señor Camacho, mandado

por Ofelia, éste le había entregado para que se los llevara en una primera ocasión \$80.00, después \$100.00 y luego \$200.00 y un colgante con un cristo que parecía de oro. El testigo no dió referencia exacta de la fecha de los dos primeros envíos, sino únicamente del tercero, que dijo haber sido el 23 de diciembre de 1956.

El Tribunal sintetiza la diligencia de absolución de posiciones rendidas por la señora Elena Rico viuda de Camacho. La lectura de esa pieza deja la impresión de que la nombrada señora, sin ninguna razón aparente distinta, estuvo en marzo de 1957 en casa de Ofelia García, madre natural del niño Alfredo, e indagó por la situación en que se encontraba Ofelia y al responder a una de las preguntas dice categóricamente: "Yo sí le dije (a Ofelia) que viniera a Bogotá y que yo le ayudaría en lo que podía, pero no me acuerdo de haberle mencionado primero para el sostenimiento del niño". A la pregunta de "Si es cierto, si o no, que antes de ir usted a visitar a Ofelia García y a conocer el niño de ésta, tenía conocimiento de que Ofelia García era la madre de un niño vivo, cuyo padre era el causante señor Alfredo Camacho Deogradt". Contestó: "Es cierto y aclaró: A mí me habían contado que mi esposo tenía un hijo en una muchacha del Guamo llamada Ofelia García, pero a mí personalmente no me constan esos hechos". A la sexta pregunta que dice: "Es cierto si o no, que cuando entraron después a la sala de la casa y comenzaron a conversar, dirigiéndose usted a Ofelia García, quien tenía al niño en sus brazos, le preguntó este es el niño de Alfredo, contestó: "No, señor juez, así no fué la pregunta: yo no mencioné nombre. Leída la aprobó. A la séptima que dice: "Es cierto si o no, que a esta pregunta de usted, Ofelia García le dijo: "Si señora lo tiene a sus órdenes, Contestó: "Si".

Refiriéndose el juzgador a la objeción hecha por la parte demandada sobre imprecisión de la fecha de la concepción, hace las siguientes observaciones que se estima conveniente reproducir:

"Objeta la parte demandada las declaraciones de Torres, Cuellar Poveda y Pacheco de que se hizo mérito, afirmando que ellas son ineptas para demostrar el extremo referente al comienzo de las presupuestas relaciones sexuales entre Alfredo Camacho y la demandante, en virtud de la imprecisión de

los testigos sobre la fecha en que aquéllas comenzaron, pues sólo aluden a los 'primeros meses' del año de 1956, cuando la ley exige para demostrar el antecedente de esta presunción un "rigor matemático". En el caso de autos —dice la demanda— los 180 días de que habla la ley, contados de para atrás y a partir del 21 de noviembre de 1956, se remontan al 21 de febrero del mismo año, y ninguno de los declarantes alude expresamente a esa fecha".

"Es evidente, de acuerdo con los principios atrás expuestos, que para que el sistema probatorio de la causal de reconocimiento de la filiación natural fundada en las relaciones sexuales sea eficaz, se requiere que por medio de él resulte ciertamente y en forma plena acreditada la natural relación de causa a efecto respecto de la concepción y posterior nacimiento del hijo, que se produce como consecuencia de ellas. Por lo tanto, la prueba en cuestión, ya sea directa por recaer sobre el hecho mismo de la cohabitación, o indirecta por referirse a los medios indiciarios del trato, de los auxilios económicos permanentes o habituales, etc., tiene que aludir cabalmente a hechos sucedidos dentro de la época en que naturalmente ha podido ocurrir la concepción.

"Al extender los testigos, en el caso de autos, el lapso de duración de las relaciones sexuales de Camacho con la García precisamente a los primeros seis meses del año de 1956, encuentra el Tribunal establecida la base de la presunción de que se ha hecho referencia, toda vez que entonces la época de la concepción, que de acuerdo con el cómputo hecho atrás, debió producirse en el mes de mayo de dicho año, resulta ubicada en forma exacta dentro de ese lapso. Y como respecto de la existencia de dichas relaciones, y de su calidad de estables y notorias dentro de las circunstancias y círculo social en que se desarrollaron, no se formula por la demandada reparo alguno y ellas resultan demostradas en debida forma mediante el establecimiento de aquéllos hechos que necesariamente la suponen, y de que dan fe los testigos examinados, en concurrencia con lo declarado por la cónyuge sobreviviente en la diligencia de posiciones que absolvió, hay que concluir con el juzgado *a-quo*, que la causal de filiación natural alegada está debidamente estructurada y que, en consecuencia, el reconocimiento impetrado

debe prosperar, tal como se resolvió en el fallo apelado el que, en consecuencia, debe mantenerse".

EL RECURSO

El representante de la menor Viola Patricia Camacho formula la demanda correspondiente que fué contestada por el opositor en detenido estudio y después de relatar los antecedentes del negocio plantea seis cargos contra la sentencia.

En el primero dice literalmente:

"Acuso la sentencia por error manifiesto de hecho en la apreciación de las declaraciones de Alfonso Torres, José María Cuellar, Alejandro Rodríguez y Angel María Pacheco, consistente en dar por establecidas las relaciones sexuales estables y notorias de Alfredo Camacho y Ofelia García, error que lo llevó a violar por indebida aplicación los mencionados artículos de la ley 45 de 1936 y los puntualizados del código civil".

El cargo globalmente expuesto lo descompone el impugnante en la siguiente forma:

Primer cargo "Acuso la sentencia por error manifiesto de hecho en la apreciación de las declaraciones de Alfonso Torres, José María Cuellar, Alejandro Rodríguez y Angel María Pacheco "Consistente en dar por establecidas las relaciones sexuales estables y notorias de Alfredo Camacho y Ofelia García, error que lo llevó a violar por indebida aplicación los mencionados artículos de la ley 45 de 1936 y los puntualizados del código civil. Y al pretender demostrar el ataque dice literalmente: "La lectura de las respuestas de este grupo de testigos demuestra paladinamente los hechos ocurridos de enero a julio de 1956, con las circunstancias de lugar, tiempo y modo".

Se refiere al *lugar* del tercer piso del edificio Cine Río de la ciudad de Girardot a que aluden los testigos. "Tiempo. Las pretendidas relaciones se refieren al lapso comprendido de enero a julio de 1956. Del mes de agosto del dicho año en adelante, las relaciones ya no fueron *estables*, según la afirmación contenida en el octavo de los hechos de la demanda. Allí residía el señor Camacho, excepto los sábados y domingos que se traslada a Bogotá". Se pregunta el recurrente que qué ocurría en aquel sitio y afirma: "Que en el resto de los días los

declarantes concurrían con mucha frecuencia, tanto en las horas del día como en las de la noche a jugar naipes, especialmente al juego de corazones. Las reuniones eran prácticamente diarias o habituales. El departamento era un garito disimulado”.

Al hablar de la ocupación de los declarantes concluye manifestando que “Es de manifiesta evidencia que esos contertulios carecían de profesión honesta, estaban dedicados habitualmente al juego, porque atestiguan que frecuentemente y a distintas horas del día y de la noche concurrían a jugar”.

Al aludir a la personalidad de los declarantes dice: “Que ninguno se identificó con cédula de ciudadanía. Y al referirse al declarante Pacheco, manifiesta que existe una constancia delictiva en su contra, deducida del certificado del Departamento Administrativo de Seguridad, visible al folio 19.

Afirma, asimismo el impugnante que la consorte legítima del señor Camacho no habitó nunca en ese departamento de Girardot, porque ella vivía en Bogotá.

En referencia a las relaciones de Alfredo y Ofelia dice el apoderado textualmente: “Los declarantes relatan que la joven iba al referido apartamento en las horas de la noche, una o dos veces por semana, esto es, en los cinco días restantes excluidos sábados y domingos; y que en su presencia se dedicaban a la práctica de actos eróticos. Que cuando alguno de ellos volvía en las horas de la mañana, los encontraba en la cama. Que presenciaban que Alfredo daba dinero a Ofelia”.

Y continúa el impugnante: “Ahora bien: “El Tribunal interpretó rectamente el numeral cuarto del artículo 4o de la ley 45 de 1936, transcribiendo la jurisprudencia de la Corte (G. J. No 2235, pág. 567): Las relaciones sexuales no requieren comunidad de habitación ni se identifican con el concubinato público. La ley exige única e imperativamente que sean estables y notorias para deducir de ellas la presunción de paternidad. Notorio es lo ostensible y público; concepto que se opone a los actos secretos u ocultos. La notoriedad admite grados y matices de acuerdo con el tipo de relaciones de los amantes. Estabilidad es palabra que significa constante, durable, firme o permanente, y que se contrapone a lo esporádico, fugaz o momentáneo”.

Sigue insistiendo en que por todo lo anterior, se demuestra el manifiesto error de

hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de todos y cada uno de los testimonios de las cuatro personas nombradas, porque estimó probadas las relaciones sexuales, con el carácter de estables y notorias, cuando en realidad lo que aparece demostrado es la simple ocupación (sic) de Ofelia de manera estable, notoria y pública. De una joven que visita de noche un apartamento, dedicado al juego prohibido y clandestino y en presencia de un reducido grupo de tahures, ejecuta fugaces actos eróticos en presencia de ellos. Nada indica que esas relaciones de Alfredo y Ofelia sean firmes y durables. Tampoco que hubieran sido notorias puesto que acerca de éstas no declaran ni los relacionados de Ofelia, ni los amigos de Alfredo, excepto los cuatro jugadores. Nadie más las presenció.

LA CORTE CONSIDERA:

Principia el cargo afirmando que la sentencia incurrió en error de hecho en la apreciación de las declaraciones a que alude el ataque y concluye sosteniendo que el fallador quebrantó las disposiciones del código judicial y especialmente el artículo 697 por aplicación indebida que lo llevó a violar las disposiciones sustanciales allí citadas. Es decir, la acusación funda el ataque en error de hecho en la apreciación de las pruebas y al mismo tiempo en la valoración equivocada que le imputa al juzgador, por violación “directa” de normas probatorias que inciden en el valor que tales normas le otorgan a los medios probatorios establecidos en el título XVII del Libro II de procedimiento civil.

Tal planteamiento, lo ha repetido insistentemente la Corte, falta a la lógica y a la técnica de casación porque desnaturaliza los principios que distinguen el error de hecho y el error de derecho y las diversas consecuencias que ellos generan en la consideración y definición del recurso, sin que la Corte pueda escoger libremente la índole de los errores que motivan el ataque en la forma en que se ha propuesto.

Y para llegar a precisar la naturaleza de estas dos clases de errores y deducir las consecuencias que sean del caso, es bueno dejar constancia que la Corte en diversas sentencias ha definido esta cuestión así:

“El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el

inciso segundo del ordinal 1o. del artículo 520 del código judicial, consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera; hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo". (G. J. nos. 2138 y 2139, marzo 23 de 1954, pág. 119).

Y consecuente con este criterio, la apreciación que de las pruebas haga el fallador debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte, a menos que en la apreciación de la prueba aparezca de manifiesto, es decir, con evidente claridad el error de hecho en que incurrió el fallador.

El error de derecho, en cambio presupone la existencia del medio de prueba y su apreciación por el juzgador pero que éste al valorarlo violó las normas legales que regulan su mérito probatorio, ya sea otorgándole el que no tiene, o negándole el que la misma tarifa le concede expresamente.

En este orden de ideas ha dicho la Corte:

Primera: "Conviene advertir, ante todo, que la costumbre implantada de acusar por error de hecho y de derecho, a la vez, en la apreciación de una prueba, le ahorra esfuerzo al recurrente, pero es contraria a la técnica de la casación y de manera positiva a lo dispuesto en el ordinal 1o del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de estimación errónea de las pruebas, se cumple por error de derecho o error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Porque los errores dichos tienen en común, ciertamente: a) el campo en que se originan, o sea las pruebas; b) el efecto, o sea la violación de la ley. Pero se diferencian: 1) En que al paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento

material del proceso por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ello da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas; y 2) En que el derecho es la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal, asunto que cae exclusivamente en el campo jurídico, en tanto que el de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del juez, lo cual cae estrictamente en el campo de hecho, motivo por el cual debe aparecer de modo manifiesto en autos. De estas diferencias se infiere que el mismo error en la apreciación de la prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho. Esto, desde un punto de vista intrínseco, que por lo que concierne a la tramitación del recurso, a qué se atiende el opositor para combatir el cargo: al de hecho o al de derecho? Y el juez en casación, qué rumbo sigue? Los dos? Imposible. El uno o el otro? No habría razón para seguir éste y descartar aquél". (G. J. to. LXXVIII, 13 agosto de 1954, pág. 313).

Segunda.— "Sea el momento de recordar que en principio no se acomoda a la técnica de casación proponer simultáneamente y en relación con un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho, pues éstos revisten características diversas. En efecto, si bien ambos se originan en el campo de las pruebas y producen igual consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial, por aplicación indebida o por falta de aplicación, el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el juzgador que cierto medio probatorio existe cuando no existe o viceversa, y el segundo implica que le asigne un mérito legal distinto, dándole el que no tiene, o negándole el que tiene, según la ley.

"No pueden entonces presentarse al tiempo los dos errores, ya que para que aparezca el de derecho es necesario tener en cuenta la prueba existente, es decir, *analizarla*, y desde el momento en que dicha labor se efectúa, *ya no ha habido lugar a error de hecho*, que implica desconocer la prueba que obra en autos o reconocer la que en ellos no existe". (G. J. to. XC, marzo 17 de 1959, págs. 91 y 92).

Lo expuesto sería suficiente para rechazar este cargo; la Corte, empero, por amplitud hace las siguientes anotaciones:

Como se ha dejado expresado anteriormente, el impugnante reconoce que los cuatro testigos traídos por la parte actora para demostrar las relaciones sexuales, estables y notorias entre Ofelia García y Camacho Deograt, versan a hechos que tuvieron su ocurrencia entre los meses de enero a julio de 1956; pero el recurrente cree que la estabilidad de estas relaciones quedó trunca en julio de 1956, cuando Ofelia García dejó de concurrir asiduamente, como lo hacía antes, al aposento, de Camacho Deograt; mas olvida que por esa fecha, según demostración que no ha merecido ningún ataque, ya la García se encontraba en avanzado estado de preñez; que hacía que humana y decorosamente no pudieran continuar esas relaciones sexuales en la forma que echa de menos el recurrente, relaciones que tuvieron como consecuencia el nacimiento de un niño llamado Alfredo, bautizado en la parroquia de Santa Ana del Guamo y nacido en San Luis el 21 de noviembre de 1956.

Si se acepta, como lo admite la parte recurrente, que las relaciones de que se ha hablado, se iniciaron en los meses de enero o febrero de 1956, el nacimiento ocurrido en la fecha antes indicada, da lugar a la presunción de la concepción y consiguiente paternidad establecida en el ordinal 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1936.

El impugnante arguye que las relaciones de que se ha venido hablando no fueron notorias, cuando es lo cierto, que según las demostraciones del proceso, los declarantes constituían el medio habitual y de amistoso compañerismo del señor Camacho Deograt.

La parte demandada en ninguna forma trató de demostrar cuáles otras eran las relaciones sociales o el medio distinto en que vivía el señor Camacho; los cuatro testigos asistían diariamente al departamento de este señor, y allí pudieron darse cuenta de las relaciones amorosas de Ofelia con Camacho, sin que pueda decirse que eran unas relaciones intermitentes y ocasionales, sino continuas, que perseveraron, según el propio recurrente desde enero de 1956 hasta agosto del mismo año, en que el estado de embarazo de la García hizo que sus visitas a Camacho fueran menos frecuentes.

Le asiste razón al opositor cuando afirma

que el ataque hecho por el impugnante a la personalidad de los testigos — que entre otras cosas no está acreditado como delictiva en los autos — le hubiera servido para que en instancia hubiera tachado tales testimonios. Ello es impropio en el recurso de casación. Ya se ha advertido que los testimonios de los cuatro declarantes concuerdan en forma evidente en los hechos fundamentales que ellos narran. El concepto que sobre tal aspecto pueda tener el impugnante, no sirve para que en casación se pueda llegar a la conclusión de un error de hecho, cuya evidencia no se ha demostrado. Se rechaza el cargo.

Segundo cargo. El recurrente acusa la sentencia "Por error en la apreciación de los testimonios de Emilia Lozano de Montaña, Celmira Aragón, Gonzalo Moncaleano y José Joaquín Montaña, en cuanto deponen que Ofelia García observó conducta honrada después de septiembre de 1956" y que Alfredo Camacho "remitió a Ofelia García dineros para la subsistencia de ella y del niño Alfredo García". Que les constan estos hechos "por referencias que les hicieron la misma Ofelia y José Joaquín Montaña, por cuyo conducto se hicieron tres envíos en distintas fechas". Este último declara en el sentido indicado, pero sin precisar la fecha de las dos primeras remesas, recordando únicamente que la tercera ocurrió el 23 de diciembre de 1956.

Afirma el recurrente: "Que las declaraciones de Emilia Lozano de Montaña, Celmira Aragón, Gonzalo Moncaleano y José Joaquín Montaña, demuestran las palabras o el dicho de Ofelia García, pero ésta última es la demandante y la madre del pretense hijo natural, razones por las cuales concurre en ella el impedimento de parcialidad de que trata el numeral primero del artículo 669 del código judicial y de consiguiente no puede ser ella presentada como testigo de ninguna de las partes, por mandato del artículo 172 del mismo código".

Y continúa el demandante: "De consiguiente, el Tribunal incurrió en manifiesto error de derecho al apreciar las mencionadas declaraciones, infringiendo los dos textos legales precitados, aplicando indebidamente el artículo 661 de la misma obra, el 662 del referido código, motivos que lo llevaron a quebrantar el artículo 4o ordinal

to de la ley 45 de 1936 y los demás artículos citados de este estatuto legal y los referidos artículos del código civil”.

“La declaración de José Joaquín Montaña por ser única no constituye plena prueba según el artículo 696 del código judicial. El Tribunal al darle pleno valor demostrativo infringió por manifiesto error de derecho ese texto legal; por lo cual, quebrantó por indebida aplicación los artículos 661, 665, 667 del código judicial y violó las disposiciones sustantivas ya enunciadas por indebida aplicación.

Concluye este cargo manifestando que no habiéndose acreditado las relaciones sexuales estables y notorias entre los amantes “con motivos referentes a la posesión notoria del estado civil de hijo natural, es injurídico pretender reforzar lo inexistente como lo hace el Tribunal”. Y que con ello el fallador quebrantó por indebida aplicación los referidos artículos del código judicial.

Se considera:

Es inexacto que la demandante y madre del pretense hijo natural fuera presentada como testigo de ninguna de las partes; lo que sucedió fué que las declaraciones citadas por el recurrente manifestaron que Ofelia les había contado que don Alfredo Camacho le enviaba dineros para su sostenimiento y el de su hijo. Qué error existe en este ataque? Es de hecho? Parece que no, porque el impugnante cita disposiciones de carácter probatorio respecto de la valoración de los medios de prueba.

También el impugnante ataca la declaración de José Joaquín Montaña, posiblemente por error de derecho. “Porque por ser única, no constituye plena prueba, según el artículo 696 del código judicial”.

El Tribunal no le dió el carácter de plena prueba a ese testigo que “constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición”. Y en la estimación de estos elementos, ha dicho la Corte, tiene papel decisivo la conciencia del sentenciador defiriendo a ella en la determinación del convencimiento del juez.

Este testigo, Montaña, fué repreguntado cuidadosamente por la parte demandada y el testigo sostuvo sin vacilaciones que: “Había conocido a Camacho, porque Ofelia se lo

había presentado en Girardot, para que por medio de él le enviara los dineros que aquél había quedado de mandarle; y que efectivamente después había ido el testigo como unas tres veces a Girardot, al apartamento del señor Camacho, mandado por Ofelia y que éste le había entregado para que se los llevara, en una primera ocasión \$80.00, después \$100.00 y luego \$200.00 y un colgante con un cristó, que parecía de oro. El testigo no dió referencia exacta de la fecha de los dos primeros envíos, sino únicamente del tercero, que dijo haber sido el 23 de diciembre de 1956”. Ésto es lo que anota el Tribunal al sintetizar la declaración del testigo Montaña; pero al leerla detenidamente como aparece al folio 46 del cuaderno 4o se puede, sin mayor esfuerzo aceptar la sinceridad del exponente que entre otras cosas afirma: Las fechas de las dos primeras veces que fuí, no las recuerdo, pues no tenía idea que posteriormente me tocaran estas cosas”. Y es natural que el testigo no pudiera precisar esas fechas, como sí precisó la de 23 de diciembre, porque era la víspera de Navidad.

Las otras disposiciones citadas como violadas dentro del régimen probatorio, los artículos 661, 665 y 667 se refieren las dos primeras a las presunciones y el último a la prueba de indicios, que no dicen relación con la materia de que trata el ataque. Se rechaza el cargo.

Cargos tercero y cuarto.

Se acusa la sentencia por error en la apreciación de las declaraciones rendidas por la señora Elena Rico v. de Camacho, de quien dice el impugnante, y es lo cierto, que aparece demandada en este proceso sin que hubiera contestado el libelo correspondiente. Agrega el recurrente que “Carece de interés pecuniario en lo relativo a la acción de declaración de paternidad promovida por Alfredo García, porque la vocación hereditaria de éste perjudicaría únicamente, y en caso de prosperar, el interés patrimonial de la hija natural reconocida Viola Patricia Camacho Camargo, también demandada”.

Arguye el demandante que esas manifestaciones de doña Elena no configuran una confesión judicial, ya porque no la perjudican, ora porque no emanan del padre y que el Tribunal al atribuirle esa calidad incurrió en manifiesto error de derecho con quebrantamiento del artículo 604 del código judicial, error que lo llevó a infringir por

indebida aplicación los preceptos que ha citado de la ley 45 de 1936, lo mismo que los textos de los artículos 665 y 669 del código judicial.

Afirma el demandante: "Que lo manifestado en las posiciones por doña Elena Rico v. de Camacho constituye una pura y real declaración judicial. Que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho al apreciarla, porque no estimó todo su contexto, relacionando las respuestas", algunas de las cuales inserta en el cargo y al declarar que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de esta prueba violó por indebida aplicación los artículos 696, 661 y 665 del código judicial.

Se considera:

Como se ve, al hacer estas censuras vuelve nuevamente el recurrente a incurrir en la falta de técnica consistente en acusar el fallo por error de hecho y de derecho en relación con una misma prueba.

No encuentra la Corte el error de hecho evidente a que alude el impugnador, ni menos el error de derecho en la valoración de las manifestaciones hechas por la cónyuge sobreviviente del señor Camacho, ni explica claramente en qué forma fueron violados esos preceptos, que, como se ha visto, se refieren a las presunciones legales y a la valoración de los indicios.

Los cargos son inanes.

Quinto cargo.— Acusa la sentencia por violación del último inciso del referido artículo 4o de la ley 45 de 1936, y el impugnante hace esta afirmación:

"Conforme lo demostré los testigos (sic) de los señores Torres, Cuellar, Rodríguez y Pacheco, demuestran la conducta estable, notoria y pública de Ofelia García, pero no las relaciones sexuales, estables y notorias de ella con Alfredo Camacho..."

Se considera:

Este cargo constituye un medio nuevo en casación, que no es aceptable, pues no fué motivo de discusión en instancia, y por otra parte, no aparece prueba alguna que respalde el cargo por violación a que se refiere el ataque.

Se rechaza el cargo.

Sexto cargo.— El recurrente dice que: "Como no está demostrada ninguna de las causales legales para declarar judicialmente la paternidad natural de Alfredo García, este niño carece de vocación hereditaria respecto del causante Alfredo Camacho Deogradt. No puede sucederle en sus bienes, pues no es legitimario ni heredero forzoso con derecho a concurrir en la sucesión y a participar en la división del patrimonio relicto..." y que por eso el Tribunal violó por indebida aplicación los artículos 20, 22, 23, 24 de la ley 45 de 1936 y 1321 a 1323 del código civil.

Se considera:

No prosperando los cargos anteriores, es preciso reconocer que la sentencia del Tribunal acierta, cuando resuelve que el menor Alfredo García tiene todos los derechos hereditarios que le otorga la ley como hijo natural de Alfredo Camacho Deogradt en la sucesión de su padre natural el nombrado Alfredo Camacho Deogradt.

El cargo carece de fundamento.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha catorce (14) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Ofelia García contra la sucesión de Alfredo Camacho Deogradt.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BUENA FE

Constituye una cuestión de hecho que compete apreciar discrecionalmente al fallador de mérito.— Finalidad de la inscripción en el registro público.

1.— *La buena fe consiste en la conciencia cierta que una persona tiene de haber procedido lealmente y con arreglo a la ley en la celebración y ejecución de un acto jurídico. Este estado de conciencia surge de hechos que lo explican y constituye en consecuencia una cuestión de hecho que corresponde apreciar discrecionalmente al sentenciador de mérito. En casación la Corte no puede desatender ni variar esta apreciación, sino en el caso excepcional de que se compruebe un error manifiesto de hecho o un error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que le sirvieron de base al fallador de instancia para calificar la buena o la mala fe del litigante respectivo.*

2.— *La inscripción en el registro público de un embargo y en general de cualquiera otro acto, título o documento, tiene por objeto entre otros fines, el de darle publicidad a ese acto y permitir que sea conocido, pero no es un hecho erigido por la ley en presunción de conocimiento general del acto que se registra. En otros términos, esa inscripción permite conocer el acto que se lleva al registro, pero no constituye presunción de que en realidad se lo conoce.*

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava)

Por la Escritura No.338, extendida en la Notaría Segunda de Manizales el 26 de febrero de 1958, los señores Marino Sarmiento Grajales y Bernardo Robledo Uribe dijeron celebrar un contrato de permuta, en virtud del cual Sarmiento transfería a Robledo el derecho de dominio sobre un predio rústico llamado "Campoalegre", ubicado en el Corregimiento de Ceilán, Municipio de Bugalagrande, Departamento del Valle, y alindado como se expresa en el instrumento aludido. La transferencia de este inmueble comprendía varios semovientes, las

herramientas existentes en la misma finca, un trapiche, un motor y otros enseres e implementos dedicados al servicio del fundo. A cambio de esa heredad, el contratante Robledo Uribe dio a Sarmiento un solar con casa de habitación de dos pisos, situado en el barrio de "La Estrella", del área urbana de Manizales, y singularizado por los linderos señalados en la escritura citada. La finca de "Campoalegre" fue apreciada por los contratantes en \$80.000.00 y el solar con casa de habitación en la cantidad de \$22.000.00. La diferencia entre estos guarismos, o sea la suma de \$58.000.00, quedó en poder de Robledo Uribe para que éste atendiera el pago de un crédito hipotecario constituido a favor de la señora Julia Mejía viuda de Lema y sobre el inmueble rural mencionado. Los contratantes hicieron constar en la escritura que, en la forma como aparecía celebrada la convención de permuta, quedaba cumplida la promesa de contrato que habían pactado el 17 de enero del propio año de 1958.

A fines del mes de abril de 1959, el nombrado Bernardo Robledo Uribe demandó al contratante Marino Sarmiento Grajales ante el Juez Primero Civil del Circuito de Manizales para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara rescindido y sin valor ni efecto alguno el contrato de permuta" celebrado por dichos señores mediante la referida Escritura No. 338, de 26 de febrero de 1958, se ordenara la cancelación del registro de este instrumento y se condenase al demandado Sarmiento a restituir al demandante el solar con casa de habitación ubicado en el perímetro urbano de Manizales.

La demanda narra la celebración del contrato de permuta y expresa además que la Escritura No.338 fue registrada en cuanto al inmueble transferido por el señor Robledo al contratante Sarmiento, pero no en lo relativo

al fundo de "Campoalegre", porque desde el 30 de enero de 1958 se había inscrito en la Oficina de Registro de Tuluá un auto de embargo de ese inmueble dictado por el Juez del Circuito de Santa Rosa de Cabal dentro del juicio especial hipotecario de la señora Julia Mejía viuda de Lema contra el mentado Marino Sarmiento Grajales, embargo que impidió la inscripción de la escritura dicha en lo tocante a la transferencia de la finca mencionada. Dice también que el crédito hipotecario de la señora Mejía tenía un valor superior a los \$58.000.00 que Robledo se obligó a pagar, y que, como el predio de "Campoalegre" estaba embargado el día en que se concertó la permuta, este contrato quedó afectado de nulidad absoluta, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 1521 y 1740 del C.Civil. Añade que el demandante Robledo tiene interés en demandar la declaración judicial de esa nulidad absoluta.

El demandado contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones del actor, aceptando unos hechos, negando otros y manifestando que el señor Robledo Uribe recibió y estuvo explotando la finca de "Campoalegre" desde cuando se convino la promesa de permuta, que tal inmueble fue embargado porque el mismo Robledo no pagó el crédito hipotecario de la señora Mejía y que el contratante Sarmiento no tenía conocimiento del embargo de ese predio cuando se formalizó el contrato de permuta. Propuso además varias excepciones.

El primer grado del litigio concluyó con la sentencia de 27 de abril de 1961, en la cual se declararon nulos tanto el contrato de permuta celebrado entre los señores Sarmiento y Robledo por la Escritura No.338, como la inscripción de este instrumento en el registro público, y se condenó a ambos litigantes a pagarse recíprocamente los frutos de los inmuebles permutados que se hubiesen producido desde la fecha en que se concertó aquel contrato. En el mismo fallo se denegó la condena sobre restitución de los inmuebles aludidos, por encontrarse ellos en poder de terceros que no fueron demandados, pero se dejaron a salvo las respectivas acciones de reivindicación.

LA SENTENCIA ACUSADA

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado y surtida la segunda instancia, el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales profirió el fallo de 23 de enero de 1962, por el cual se confirmó la decisión apelada, pero con las reformas de que dos frutos que mutuamente deben pagarse los litigantes son los producidos desde la contestación de la demanda y de que el actor Robledo Uribe queda obligado a restituir al señor Sarmiento unos bienes que estaban destinados al servicio de la finca de "Campoalegre" y de que el mismo demandante dispuso.

La sentencia expone los antecedentes del negocio concertado entre los señores Sarmiento y Robledo y encuentra probado que el día en que se celebró tal contrato de permuta, o sea el 26 de febrero de 1958, el fundo de "Campoalegre" se hallaba embargado y fuera del comercio. Transcribe los arts. 1521 y 1741 del C. Civil y expresa que, a la luz de estas disposiciones, no cabe duda de que el contrato dicho es absolutamente nulo, y que, además, el litigante Robledo tiene interés en demandar la declaración de esa nulidad, según lo dispuesto por el art. 2o. de la Ley 50 de 1936.

El fallo se extiende en otras consideraciones relacionadas con la nulidad absoluta que afecta el contrato mencionado y se refiere luego a la restitución de los inmuebles permutados para decir que en este caso no es posible decretar esa restitución a los litigantes por existir prueba de que tales bienes se hallan en poder de terceros que no fueron demandados en esta litis.

Acerca de la restitución de frutos expresa la sentencia que debe tenerse en cuenta la buena o mala fe de las partes, que no hay aquí prueba de que dichos permutantes hubieran contratado a sabiendas del embargo que existía sobre la finca de "Campoalegre" y que en consecuencia han de ser considerados como contratantes de buena fe para el efecto de condenarlos a restituirse los frutos percibidos a partir de la contestación de la demanda y no desde cuando se ajustó el negocio de permuta, como lo dispuso la sentencia de primer grado.

Sobre el pago de mejoras dice el fallo que el demandante no demostró haberlas plantado en la finca de "Campoalegre", pero en relación con unos bienes que estaban destinados al cultivo y explotación de tal fundo, admite la misma sentencia que las declaraciones de algunos testigos acreditan

que el propio Robledo Uribe dispuso de esos bienes y que por tanto debe ser éste condenado a restituirlos o a pagar su equivalente en dinero, debiendo reformarse en tal sentido el fallo de primera instancia.

Finalmente, la sentencia estudia las excepciones propuestas por la parte demandada y no encuentra que se hubiera probado ninguna de ellas.

LA IMPUGNACION

También ambos litigantes recurrieron en casación, pero el recurso de la parte demandada se declaró desierto, quedando subsistente únicamente el interpuesto por el actor.

Con fundamento en la primera de las causales que establecía el art. 520 del C. Judicial, el demandante formula contra la sentencia dos cargos que la Corte procede a examinar, advirtiendo antes que la parte opositora replicó la demanda de casación.

Primer cargo.— Consiste en la violación indirecta de los arts. 964, 1746 y 2637 del C. Civil, por aplicación indebida los dos primeros y por falta de aplicación el último, a causa de errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso sustenta este motivo diciendo que en la Escritura No. 338, de 26 de febrero de 1958, se expresó que el crédito a favor de la señora Julia Mejía valía la suma de \$58.000.00, pero que el certificado expedido por el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal y la demanda propuesta por la misma señora Mejía prueban que ese crédito tenía un valor superior a \$60.000.00. Estas pruebas son documentos auténticos que hacen plena fe acerca de su contenido, al tenor del art. 632 del C. Judicial, pero la sentencia no les reconoció este mérito demostrativo.

Con quebranto del propio art. 632, citado, el fallo desestimó el certificado del mismo Juez del Circuito de Santa Rosa sobre el embargo del fundo de "Campoalegre" y la otra certificación del Registrador de II. PP. de Tuluá sobre la inscripción de ese embargo. "De acuerdo con esas pruebas — dice el recurso — y cuyo mérito probatorio desestimó el Tribunal, con violación del artículo 632 del C. Judicial, y que lo llevó a violar, por aplicación indebida, los artículos 964 y 1746 del C. Civil, violación que consiste en considerar a Marino Sarmiento como

poseedor de buena fe, cuando en verdad no lo es, porque está demostrado que éste sabía exactamente que el valor del gravamen hipotecario era superior a la cantidad de cincuenta y ocho mil pesos m.cte., y, además por razón de la publicidad, que es uno de los objetivos del registro, tenía conocimiento de que el bien se hallaba fuera del comercio por pesar sobre él un embargo. Y al desestimar el Tribunal el valor probatorio del certificado expedido por el señor Registrador de II. PP. de Tuluá, dejó de aplicar el artículo 2637, numeral 2o. del C. Civil, y al no aplicarlo lo violó, y al proceder así violó, por aplicación indebida, los artículos 964 y 1746 del C. Civil".

Las copias de varias piezas del juicio hipotecario de Julia Mejía contra Marino Sarmiento que expidió el Juez del Circuito de Santa Rosa, demuestran que la finca de "Campoalegre" fue secuestrada el 15 de septiembre de 1958. Desde tal día el señor Robledo Uribe dejó de poseer ese fundo y no había en consecuencia razón para condenarlo a restituir o pagar frutos percibidos desde la respuesta de la demanda en este juicio, hecho que se produjo con posterioridad. La sentencia no les otorgó a estos documentos el valor demostrativo que les reconoce el art. 632 del C. Judicial e incurrió por ello en un error de derecho que la condujo a quebrantar, por aplicación indebida, los arts. 964 y 1746 del C. Civil, al condenar a Robledo Uribe al pago de frutos percibidos desde la contestación de la demanda, no obstante que la prueba mencionada demuestra que él había dejado de poseer el inmueble desde mucho tiempo antes.

Si la sentencia les hubiese reconocido a todas las pruebas mencionadas el mérito que les corresponde, habría, por una parte, condenado al demandado Sarmiento como poseedor de mala fe, y, de otro lado, no le habría impuesto al actor Robledo la obligación de pagar frutos percibidos desde la contestación de la demanda, porque él dejó de poseer la finca de "Campoalegre" desde cuando ésta fue secuestrada en septiembre de 1958.

El impugnante concluye así la exposición de este primer cargo:

"El Tribunal no les otorgó a todos los medios probatorios a que me he referido, el valor demostrativo que tienen de conformidad con la ley, incurriendo así en un error de

derecho en cuanto a su apreciación.

“En efecto: los documentos citados son auténticos y, por lo tanto, hacen ‘plena prueba acerca de su contenido’, al tenor de lo dispuesto en el artículo 632 del C. Judicial.

“Acuso por tanto el fallo recurrido, o sea la sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Manizales el día 23 de enero de 1962, en este juicio, dentro de la causal primera de las enumeradas en el artículo 520 del C. Judicial, por violación de las normas consagradas en los artículos 964 y 1746 del C. Civil, las cuales aplicó indebidamente como consecuencia de los errores de derecho que se han alegado y demostrado”.

Cargo segundo.— Versa sobre la violación indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 962 y 1746 del C. Civil, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas.

En orden a sustentar este motivo, el recurso empieza por transcribir los pasos de la sentencia en que se analiza el punto referente a la restitución de aquellos bienes que, siendo inmuebles por su destinación al cultivo y explotación del predio de “Campoalegre”, fueron separados de ese servicio por el demandante Robledo y de los cuales dispuso éste. Recuerda que el fallo condena al mismo demandante a restituir esos bienes o a cubrir su valor en dinero, y agrega en seguida “El Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las declaraciones de los testigos Luis Gaviria, Emilio Serna, Mercedes Restrepo, Carlos Casas, Félix Antonio Quintero y Jesús A. Sánchez que obran a folios 26 a 53 del Cuaderno 3o. pues aunque no altera su texto, les hace producir consecuencias contrarias a lo que en ellas se dice, violando así el artículo 962 del C. Civil y por lo tanto el artículo 1746 del C. Civil, por aplicación indebida”.

Continuando en el desarrollo de este cargo, dice el recurso que el art. 962 del C. Civil se refiere a la restitución de una heredad y que el demandante Robledo no podía ser condenado a restituir los bienes antes mencionados, ya porque no se le impuso la condena de restituir la finca de que esos bienes hacían parte, ora porque, si fueron separados de su destino, no procede en este juicio esa condena de restitución. A continuación expresa el mismo recurso:

“Los testigos relacionados hablan de que el señor Robledo Uribe dispuso de los bienes y así lo acepta la sentencia, dándoles pleno valor a sus dichos. Pero saca una consecuencia

contraria de tales testimonios, porque en vez de remitir al demandado a un juicio reivindicatorio, que es lo legal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 962 del C.C., ordena la devolución o su pago, violando la disposición citada, por su aplicación indebida. Y como esta norma se aplica como consecuencia de la nulidad declarada, se ha violado asimismo el artículo 1746 del C.C., aplicándolo indebidamente.

“La forma como el Tribunal estima las declaraciones y el valor que les atribuye, le hizo incurrir en un error de hecho en cuanto les hace producir consecuencias contrarias a las que legalmente deben producir, como si los testigos hubieran declarado lo contrario de lo que en realidad dijeron.

“Por lo tanto, acuso la sentencia recurrida, dentro de la primera de las causales consagradas en el artículo 520 del C. Judicial, por violación de los artículos 962 y 1746 del C. Civil, por aplicación indebida, como efecto de error de hecho en la apreciación de las declaraciones rendidas por Luis Gaviria, Emilio Serna, Mercedes Restrepo, Carlos Casas, Félix Antonio Quintero y Jesús A. Sánchez”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I)— La buena fe consiste en la conciencia cierta que una persona tiene de haber procedido lealmente y con arreglo a la ley en la celebración y ejecución de un acto jurídico. Este estado de conciencia surge de hechos que lo explican y constituye en consecuencia una cuestión de hecho que corresponde apreciar discrecionalmente al sentenciador de mérito. En casación la Corte no puede desatender ni variar esta apreciación, sino en el caso excepcional de que se compruebe un error manifiesto de hecho o un error de derecho en la estimación de las pruebas relativas a los hechos que le sirvieron de base al fallador de instancia para calificar la buena o la mala fe del litigante respectivo.

En la parte inicial del primer cargo, el recurso le atribuye a la sentencia el haber cometido un error de derecho, consistente en no reconocerles a varias pruebas el mérito demostrativo que les corresponde y que es suficiente para establecer que el demandado Sarmiento, al enajenar el predio de “Campoalegre”, obró de mala fe, esto es, a sabiendas de que el crédito de la señora Julia

Mejía valía más de \$58.000.00 y de que el fundo mentado se hallaba entonces sujeto a un embargo y fuera del comercio. Las pruebas que el fallo desestimó, según el recurso, son la Escritura No. 338, la certificación del Juez del Circuito de Santa Rosa de Cabal, la demanda propuesta por la acreedora Julia Mejía y el certificado del Registrador de II. PP. de Tuluá.

Bien examinado este primer aspecto de la impugnación, se observa que la sentencia no les desconoció a las pruebas aludidas su calidad de documentos auténticos ni su valor probatorio. Lo que en realidad sucede es que esas probanzas no acreditan que el veintiséis de febrero de 1958, día en que fue celebrada la permuta, el demandado Sarmiento tuviera conocimiento de que el crédito de la señora Mejía valiera más de \$58.000.00 y de que se hubiese y se hallara embargado el fundo de "Campoalegre". Aquí no hay constancia del día en que se le notificó a Sarmiento la demanda de la señora Mejía, ni es razonable presumir que se le hubiera hecho esa notificación antes del citado 26 de febrero de 1958 y que conociera desde entonces el valor real de la deuda hipotecaria y el embargo del inmueble. Además, la inscripción en el registro público de un embargo y en general de cualquiera otro acto, título o documento, tiene por objeto, entre otros fines, el de darle publicidad a ese acto y permitir que sea conocido, pero no es un hecho erigido por la ley en presunción de conocimiento general del acto que se registra. En otros términos, esa inscripción permite conocer el acto que se lleva al registro, pero no constituye presunción de que en realidad se lo conoce. De manera que en este caso tampoco es dable presumir que Sarmiento conociera el embargo de "Campoalegre" desde el treinta de enero de 1958 por el hecho de que en tal día se hubiera efectuado el registro de ese embargo.

La sentencia tuvo a Sarmiento como contratante de buena fe, porque la ley ordena presumir esa buena fe y porque las pruebas señaladas por el recurso no desvirtúan aquella presunción. Dicho fallo no desestimó esas pruebas ni incurrió en el error de derecho que se le imputa, de modo que por este primer aspecto carece de fundamento el cargo que se analiza.

En la segunda parte del mismo cargo primero se le atribuye a la sentencia otro error de derecho que se hace consistir en no

haberles reconocido a las copias tomadas del juicio especial hipotecario de Julia Mejía contra Marino Sarmiento el mérito demostrativo que les fija la ley y que es bastante para tener por demostrado con ellas que el actor Robledo Uribe dejó de poseer el fundo de "Campoalegre" desde cuando éste fue secuestrado y que no podía ser por tanto condenado a pagar frutos percibidos desde la contestación de la demanda.

Es evidente que entre las pruebas que señala el recurso figura la copia del acta de la diligencia de secuestro de la finca "Campoalegre" diligencia que se practicó el 15 de septiembre de 1958. Acontece, sin embargo, que la sentencia no menosprecia la fuerza demostrativa de las pruebas mencionadas, especialmente del acta de la diligencia de secuestro; y que no incurrió en el yerro de valoración que se le imputa. Lo sucedido en realidad es que el fallo no tuvo en cuenta el acta de la diligencia de secuestro, que no apreció ni desestimó esa prueba para el efecto de determinar la fecha desde la cual debería pagar frutos el demandante Robledo Uribe y que, si por causa de esta omisión, pudiera atribuírsele un error a la sentencia, tal yerro sería de hecho y no de derecho en la apreciación de las pruebas, es decir, que consistiría en no haber tenido en cuenta el acta de secuestro ni el hecho, demostrado con esa prueba, de que el señor Robledo no disfrutaba de la finca de "Campoalegre" cuando se produjo la contestación de la demanda. Como la censura se formuló por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida, a causa de un error de derecho y no de un yerro de hecho en la apreciación de las pruebas, resulta que el cargo no está llamado a prosperar en la forma como aparece planteado, porque el error que podría imputarse a la sentencia, no sería de derecho o de valoración probatoria, sino de hecho, por haber ella omitido considerar y tener en cuenta la prueba demostrativa del secuestro del predio de "Campoalegre" y de que el demandante Robledo no poseía este inmueble cuando se dio respuesta a su demanda. De lo cual se concluye que, por este segundo aspecto, el cargo es también inane.

II)— En el segundo cargo que se formula contra la sentencia se le atribuye a ésta el haber cometido un error de hecho en la apreciación de unos testimonios.

Con las declaraciones que cita el recurso,

tuvo la sentencia por comprobado el hecho de que el demandante Robledo Uribe dispuso de unos bienes que estaban destinados al cultivo y explotación de la finca de "Campoalegre", y con respaldo en tal hecho condenó al mismo litigante a restituir esos bienes o a pagar su equivalente en dinero. El propio recurso admite que el fallo apreció los testimonios mencionados y que no alteró su contenido, pero afirma que la sentencia cometió un error de hecho al sacar de esa prueba la consecuencia de que era admisible y procedente condenar en este proceso al actor a restituir o a pagar los bienes dichos en lugar de remitir a otro juicio la solución de este punto. La sola formulación del cargo revela que la sentencia no omitió considerar los testimonios expresados ni varió su contenido, de suerte que por este aspecto no incurrió en el error de hecho que se le imputa. En la hipótesis de que fuese factible atribuir al fallo algún error por haber estimado pertinente condenar en este juicio al actor Robledo a restituir o pagar los bienes referidos, tal supuesto yerro no sería de hecho, por falta de apreciación de la prueba testimonial mencionada, sino un error jurídico que sólo sería denunciable en casación por la vía del quebranto directo de ley sustancial. Como el cargo no se planteó en esta forma, sino por

violación indirecta a causa de un error de hecho en la apreciación de unas declaraciones y como este yerro no se produjo, síguese que esta segunda censura tampoco puede prosperar.

RESOLUCION

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 veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este juicio ordinario de Bernardo Robledo Uribe contra Marino Sarmiento Grajales.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CAUSAL 6a. DE CASACION

Nulidades que pueden alegarse con apoyo en este medio de impugnación.— Carácter de los artículos 964 y 965 del C. Judicial.— Violación directa de la ley.— Error de hecho.

1.— *La causal sexta de casación a que se refiere el artículo 520 del C. Judicial, que es hoy la causal cuarta del artículo 52 del Decreto No. 528 de 1964, consiste en haberse incurrido en alguno de los motivos de nulidad de que trata el artículo 448 del C. Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley.*

En desarrollo de esta norma la jurisprudencia de la Corte viene repitiendo que no toda irregularidad procesal puede aducirse ante ella en casación, porque este recurso no constituye una tercera instancia que pudiese dar oportunidad para la revisión de todo lo actuado en el juicio; y que solamente las nulidades de que trata el artículo 448 del C. Judicial, por disponerlo así expresamente la ley, son susceptibles de ser alegadas con fundamento en la causal 6a. del artículo 520 del C. J.

2.— *Con apoyo en la causal primera de casación, no puede acusarse por violación directa de los artículos 964 y 965 del código de procedimiento civil, porque aquella causal está consagrada expresamente para la defensa exclusiva de la ley sustancial, y no de disposiciones puramente adjetivas o de procedimiento, como las que el recurrente considera infringidas directamente por el sentenciador.*

3.— *La causal de casación consistente en la violación directa de la ley se origina en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la indebida aplicación de una norma de carácter sustantivo, no de normas procedimentales o adjetivas.*

4.— *El error de hecho en casación no puede concebirse sino con relación a la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio, y no se conecta con la violación indirecta de disposiciones adjetivas, sino con la violación indirecta de ley sustancial, cuyos textos han de citarse con toda precisión.*

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

(Magistrado Ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Lucía Alvarado de Villabona demandó a Gabriel Peña Cáceres, Roberto Peña Cáceres y Ofelmina Flórez de Cáceres, para que con su citación y audiencia y previos los trámites establecidos en el título XL del libro II del C. Judicial, se decrete la división material del predio denominado "El Guamal" o "Escobal", en jurisdicción del Municipio de Guaca, Departamento de Santander, determinado por los linderos señalados en la demanda.

Correspondió la primera instancia del juicio al Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, quien admitió la demanda por auto de 30 de enero de 1962 y dispuso darla en traslado a los demandados. Estos no se opusieron a la partición material del fundo y expresaron que estaban listos a sufragar la cuota de gastos que les correspondiera.

Se decretó entonces la partición material del predio y se nombró partidador para que, asesorado de un técnico topógrafo designado a solicitud de las partes, verificara el trabajo.

El partidador presentó la partición con fecha 4 de marzo de 1963.

Tomando como base un avalúo de \$95.000.00, hizo la liquidación de los derechos correspondientes a los comuneros, anotando que Ofelmina Flórez de Cáceres había vendido el suyo a Gabriel Peña Cáceres.

El predio midió 29 hectáreas y fué dividido en cuatro lotes, habiendo sido adjudicado el marcado en el plano con el número 4, de diecinueve y media (19,5) hectáreas, a la demandante, y los marcados con los números 1, 2 y 3, con nueve y media (9,5) hectáreas en conjunto, a los demandados Roberto y Gabriel Peña Cáceres.

De la partición se dió traslado a los interesados por el término legal, habiendo sido objetada por los demandados, cuyo apoderado formuló los siguientes reparos:

a) — El topógrafo nombrado por el Juzgado como asesor técnico, no fué posesionado de su cargo;

b) — El partidor tomó como base para la partición un valor de \$95.000.00 siendo así que ha debido tomar como base un valor de \$92.500.00, dado al fundo por peritos;

c) — El partidor hizo las adjudicaciones a Gabriel y Roberto Peña Cáceres por partes iguales, sin tener en cuenta que Gabriel es dueño de un mayor derecho, por la compra que hizo a Ofelmina Flórez de Cáceres; y

d) — Los lotes para los demandados objetantes deben ser separados, es decir, para cada uno el suyo.

El Juez del conocimiento declaró, de plano, fundadas las objeciones propuestas, en providencia de 26 de abril de 1963, y ordenó devolver el expediente al partidor para que rehiciera el trabajo, teniendo en cuenta dichas objeciones.

Esta providencia fue consentida por las partes, pues no fue recurrida.

Posesionado el asesor técnico, el partidor presentó el nuevo trabajo con fecha 12 de noviembre de 1963; tomó como base el avalúo de \$92.500.00 dado al fundo por peritos, e hizo el reparto de las 29 hectáreas del terreno, consideradas como de una sola clase, adjudicando a cada uno de los comuneros su correspondiente lote, según sus respectivos derechos en la comunidad.

La partición así reformada fue aprobada por el Juzgado en providencia de 14 de noviembre de 1963, que ordenó a la vez la inscripción de la partición y de la sentencia aprobatoria en la oficina de Registro respectiva, y dispuso la entrega del expediente a los interesados para su protocolización.

De este fallo apeló el apoderado de los demandados Roberto y Gabriel Peña Cáceres y el Tribunal Superior de Bucaramanga, al decidir el recurso, confirmó en todas sus partes la decisión del *a quo*, en sentencia de 15 de mayo de 1964.

CONSIDERACIONES DEL FALLO DEL TRIBUNAL

En primer término anota el sentenciador que el Juzgado no interpretó caprichosamente el memorial de objeciones, porque en el escrito respectivo dijo claramente el objetante: "Hago a ese trabajo las siguientes objeciones", para enumerarlas en seguida y

presentarlas con toda claridad.

Observa luego que aun cuando no se surtió la articulación correspondiente para la decisión de las objeciones, pues éstas se resolvieron de plano por el Juez *a quo*, acogiénolas en su integridad, tal determinación fue consentida sin reclamo de las partes, "y por lo mismo ahora nada puede decirse sobre el particular, ya que las causales de nulidad son taxativas y ninguna de las previstas en el artículo 448 del C. Judicial, hace presencia en este juicio".

Y para aprobar el fallo apelado tiene en cuenta el Tribunal que el partidor "en su nuevo trabajo se ajustó, en lo posible, a lo dispuesto por el Juzgado del conocimiento en el auto que aceptó las objeciones formuladas por el doctor Bohórquez Cáceres al primer trabajo presentado, y a lo prescrito al respecto por los artículos 2338 y 1394 del C.C., pues liquidó y distribuyó las cuotas de los coasignatarios adjudicándole a cada uno lo suyo en lotes separados e independientes, perfectamente delimitados, y teniendo en cuenta para cada uno de ellos el valor de sus derechos, así como tuvo cuidado de adjudicarle a Gabriel Peña Cáceres el lote donde se halla la edificación o casa por él construída a sus expensas".

Agrega que cuando una partición ha sido reformada en los términos ordenados por el Juez, ya no es susceptible de nuevas tachas y debe ser aprobada judicialmente, porque de lo contrario la secuela en los juicios se haría interminable.

LA IMPUGNACION

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el apoderado de los demandados, quien la acusa con apoyo en las causales primera y sexta del artículo 520 del C. Judicial.

Primer cargo. — Por nulidad en el procedimiento.

Expresa el recurrente que las objeciones al primer trabajo elaborado por el partidor, fueron acogidas de plano, sin tramitarse el incidente de objeciones que debió seguirse de conformidad con el procedimiento indicado en el artículo 964 del C. Judicial; que en esta forma se violó el derecho de defensa de los demandados, o sea, el derecho que tienen de que sus objeciones se fallen previa concesión de un término probatorio para poder

demostrar en éste sus fundamentos; y que, por consiguiente, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución, incurriéndose así en nulidad de lo actuado, porque de conformidad con dicho precepto, nadie puede ser condenado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Dice además que si se considera el segundo trabajo de partición como único y verdadero proyecto partitivo, porque el primero no ha de considerarse como tal, se incurrió igualmente en nulidad por violación del derecho de defensa de los demandados, al no haberse puesto en conocimiento de las partes ese segundo trabajo, que es el que debe considerarse como la única y real partición hecha en el presente juicio; y que en esta forma se violó también el artículo 26 citado de la Carta.

SE OBSERVA:

La causal sexta de casación a que se refiere el artículo 520 del C. Judicial, que es hoy la causal cuarta del artículo 52 del Decreto No. 528 de 1964, consiste en haberse incurrido en alguno de los motivos de nulidad de que trata el artículo 448 del C. Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley.

En desarrollo de esta norma la Jurisprudencia de la Corte viene repitiendo que no toda irregularidad procesal puede aducirse ante ella en casación, porque este recurso no constituye una tercera instancia que pudiese dar oportunidad para la revisión de todo lo actuado en el juicio; y que solamente las nulidades de que trata el artículo 448 del C. Judicial, por disponerlo así expresamente la ley, son susceptibles de ser alegadas con fundamento en la causal 6a. del artículo 520 del C. J. "Los motivos de nulidad que no correspondan a la incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y a falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no dan base para acusación ante la Corte por la causal sexta, y no pueden proponerse y alegarse sino dentro de las instancias del correspondiente juicio" (Casación, T. LXIII, p. 113).

Con relación al artículo 26 de la Carta, citado por el recurrente, ha dicho la Corte:

"El artículo 26 de la Constitución, incluido

en el Título preliminar del Código Civil, de acuerdo con el artículo 52 de la Carta y 4o de la Ley 57 de 1887, contiene tres principios normativos que constituyen al mismo tiempo garantías para los asociados, a saber: a) Que todo juzgamiento debe hacerse por Juez competente; b) Que en aquél debe cumplirse la plenitud de las formas propias de cada juicio; y c) Que a nadie puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se le imputa.

"Dicho precepto, por naturaleza ha requerido un desarrollo legal, de manera que es la ley la que determina generalmente la competencia de cada Juez o Tribunal, la que señala el trámite de los diversos juicios, o sea de los distintos procedimientos que por razón de la naturaleza de los asuntos civiles deben seguirse en cada caso (C.J. Art. 194), y la que regula lo relativo a la norma sustancial concreta aplicable en los procesos.

"Por tal razón es la propia ley la que determina los varios tipos de procesos y dentro de cada uno de éstos los trámites correspondientes, los recursos, incidentes, etc. así como las sanciones cuando se infringen los preceptos respectivos.

"Por este motivo, la Corte considera que la violación del artículo 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurra en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad que se sana con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la unidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito.

"Pero por lo expuesto, la violación de la norma comentada sólo puede ser indirecta, ya que para llegar a ella es necesario primero transgredir los preceptos procesales que señalan los trámites erróneamente adoptados, así como los adecuados que dejaron de aplicarse. O sea que sucede algo análogo a lo que ocurre con la violación de preceptos probatorios como consecuencia de error de derecho en la apreciación de determinada prueba, infracción que configura la llamada violación medio respecto a la violación fin,

que es siempre la de la norma sustancial" (T.XCI, pág. 831).

Como no se incurrió en ninguno de los motivos de nulidad de que trata el código judicial y que dan base a la causal sexta de casación del artículo 520 del mismo código, invocado por el recurrente, no prospera el cargo.

Segundo cargo.— Se funda en violación directa de los artículos 964 y 965 del C. Judicial, el primero por no haber sido aplicado, y el segundo por aplicación indebida al caso del pleito.

Dice la censura que el artículo 964 citado, consagra en favor de todo copartícipe el derecho de poder objetar el proyecto elaborado por el partidor; que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta esta disposición no habría aprobado la partición presentada; y que al verificar la aprobación como lo hizo, carecía el fallador de facultad para dar aplicación al artículo 965 del C.J.

Agrega el recurso que también se violaron las disposiciones citadas por cuanto se aprobó una partición antes de ponerla en conocimiento de los copartícipes, si se acepta la tesis de que sólo hubo una verdadera partición, la que implica el segundo trabajo del partidor.

El impugnante dice alegar subsidiariamente la violación indirecta de las expresadas disposiciones, por error de hecho evidente cometido por el Tribunal al "considerar como partición reformada la que no lo es tal, y considerar como sustanciado el incidente de objeciones sin haberlo sido".

LA CORTE CONSIDERA:

Con apoyo en la causal primera de casación, no puede acusarse por violación directa de los artículos 964 y 965 del código de procedimiento civil, porque aquella causal está consagrada expresamente para la defensa exclusiva de la ley sustancial, y no de disposiciones puramente adjetivas o de procedimiento, como las que el recurrente considera infringidas directamente por el sentenciador.

La causal de casación consistente en la violación directa de la ley se origina en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la indebida aplicación de una norma de carácter sustantivo, no de normas procedimentales o adjetivas.

En cuanto al cargo subsidiario, su sola enunciación demuestra su improcedencia. Debe anotarse, en primer término, que —como lo ha dicho la Corte— "en casación no caben cargos subsidiarios, ya que el artículo 531 del C. Judicial dispone que se expongan en forma clara y precisa los fundamentos de cada una de las causales aducidas, y que se citen los textos legales infringidos; y el artículo 537 ibidem, deja al criterio de la Corte examinar en orden lógico las censuras que contiene la demanda" (T. CI, pág. 169).

Por otra parte, el error de hecho en casación no puede concebirse sino con relación a la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio, y no se conecta con la violación indirecta de disposiciones adjetivas, sino con la violación indirecta de ley sustancial, cuyos textos han de citarse con toda precisión. Consiste dicho error "en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestra, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (T.LXXVII, pág. 119).

Es suficiente lo expuesto para desechar el cargo.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones precedentes, 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 quince de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el incidente de objeciones a la partición adelantada en el juicio divisorio

de Lucía Alvarado de Villabona contra Gabriel Peña Cáceres y otros.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CALIFICACION PREVIA DE LA DEMANDA DE CASACION

Su objeto.— En el ataque por error de derecho en la pon eración de una prueba, debe señalarse la norma de la ley de pruebas que se supone infringida.

1.— Por sabido se tiene que el recurso extraordinario de casación no es en modo alguno una instancia más a la que, por virtud de su simple interposición, pueda ser llevada la Corte para entender oficiosamente en todos los extremos y pormenores del litigio. Como lo tiene dicho esta Corporación, "su actividad jurisdiccional queda circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante. Por modo que si éste no configura sus cargos, satisfaciendo las exigencias requeridas al efecto por el legislador, ello es como si dejase desierto el recurso, quitando a la Corte la posibilidad de ocuparse en definirlo.

"Es así como el artículo 65 del decreto—ley 528 de 1964 estableció el rito de la calificación previa de la demanda de casación, en orden a determinar si ésta se ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 63 ibidem, y de no para que el recurso se declare desierto. Lo que obedece desde luego a un imperativo de economía procesal, que repugna el adelantamiento de trámites encaminados a objetivos frustríneos por no haberse satisfecho los presupuestos indispensables a su prosperidad" (providencia de 15 de abril de 1966, en juicio de Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A.).

2.— Para cuando se acusa por violación de ley sustancial, dispone la segunda parte del ordinal 1o. del artículo 52 del decreto—ley 528 de 1964 —a igual de lo que dispuso para la misma hipótesis el ordinal 1o. del artículo 520 del C. J.—, que "si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que apareciera de modo manifiesto en los autos".

Este precepto, que es uno de los rectores en la disciplina del recurso, contempla precisamente el caso de censura por la llamada "violación indirecta" de la ley sustancial, que es la en que se incurre como consecuencia, ya de error de derecho, ya de error de hecho, en la apreciación de las pruebas. Mas, como lo prescribe el mismo texto legal, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este

punto, demostrando haberse incurrido" por el juzgador en el yerro que se le imputa. Entonces, si el cargo que en el campo probatorio se le hace es el de error de derecho en la estimación de una determinada prueba, para que la demostración de ello pueda surtirse es imprescindible que se indique la norma de derecho determinativa del mérito o demérito de ese medio que se pretende mal estimado por el juzgador, ya por haberle negado el valor probativo que la ley le asigna, ya por haberle atribuido uno que ésta no le otorga. En suma: No es posible demostrar el error de DERECHO en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar la premisa mayor de la operación dialéctica al respecto.

Ello está en ajustada correspondencia con el artículo 63 del decreto, según el cual la demanda en el recurso debe, entre otros requisitos, "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella". Entonces, indicar en forma clara y precisa el fundamento de una censura cuyo punto de partida consiste en la lesión del derecho probatorio, implica ciertamente la necesidad de señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida; para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón)

En este juicio ordinario seguido por Ana de Jesús Carrillo de González en nombre de su menor hijo natural Juan Carrillo, contra la sucesión de Juan Pabón, que dijo representada por su cónyuge sobreviviente Mercedes Hernández de Pabón y por sus menores hijos

legítimos Mercedes, Juan, Helí Saúl y Luis Fernando Pabón Hernández, para que se declarase que el menor por quien obra la peticionaria es hijo natural del mencionado causante, el Juez 3o. Civil del Circuito de Cúcuta dictó pronunciamiento en que, declarando probadas las excepciones por él llamadas "de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte actora (sic) y de falta de legitimación de la causa", resolvió "abstenerse de proferir el fallo de fondo sobre este negocio".

Por apelación de la parte actora, tramitose la segunda instancia a que recayó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de fecha 22 de septiembre de 1965, por la cual el *ad quem* "REVOCA la sentencia apelada y en su lugar declara la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en el demandado y en consecuencia, se declara inhibido para resolver en el fondo".

Contra este último proveído interpuso la misma actora el recurso de casación, el que le fue concedido por el Tribunal; y admitido por la Corte para su tramitación, se ordenó dar traslado del proceso a la recurrente, cuyo apoderado presentó con fecha 7 de mayo último la demanda de casación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del decreto—ley número 528 de 1964, pasa la Corte a considerar en su aspecto formal, a efecto de verificar si permite, sí o no, estudio de fondo y determinar lo que en consecuencia corresponda.

En su libelo, el recurrente, luego de un breve resumen de actos relativos al curso del juicio, procede a plantear la impugnación, según el texto que a continuación se transcribe:

"Acuso la providencia recurrida de violar la ley sustantiva, por interpretación errónea en la apreciación de la prueba invocando así la causal 1a. del art. 520 del C. J. violando el art. 4o. de la Ley 45 de 1936 que da derecho a JUAN CARRILLO para ser declarado hijo natural de JUAN PABON.— Y ha habido ese error de derecho en la apreciación de la CERTIFICACION expedida por el Sr. Juez 2o. Civil del Circuito de Cúcuta quien, en la acepción del vocablo 'CERTIFICAR', da por verdadero y cierto que MERCEDES HERNANDEZ vda. DE PABON, MERCEDES PABON HERNANDEZ, JUAN PABON HERNANDEZ, HELI SAUL PABON HERNANDEZ y LUIS FERNANDO PABON

HERNANDEZ son los herederos ab—intestato del causante JUAN PABON.— El Juez al certificar tal situación les da la calidad de ser los continuadores de la persona del causante pues para obtener el reconocimiento necesario debió ser el acreditar el estado civil de tales personas con el de *cujus*.— Distinto sería que el actor en un juicio de esta naturaleza se contentara con designar a determinadas personas como herederos no habiendo sido las mismas aun reconocidas en la mortuoria.— Está acreditada la calidad de herederos de las personas designadas en la demanda y no es su estado civil, en relación con el causante, lo que debe acreditarse y si son sus herederos pues son los continuadores de la persona del *cujus* y por tanto los sujetos pasivos de esta acción. Y es la misma H. Corte en sentencia del 21 de julio de 1959, que transcribe en su parte pertinente el H. Tribunal fallador de la instancia la que exige la demostración de ser la persona heredero del pretense padre natural al decir: "... de lo cual se infiere que en la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria..." (el subrayado es nuestro).

Por tanto, H. Magistrado, la sentencia recurrida ha violado el art. 1155 del Código Civil que dice que los herederos representan la persona del testador o causante y en Casación de agosto de 1927 XXXIV, 278 se le da la misma calidad a quien ha aceptado la herencia en la sucesión intestada".

SE CONSIDERA:

Por sabido se tiene que el recurso extraordinario de casación no es en modo alguno una instancia más a la que, por virtud de su simple interposición, pueda ser llevada la Corte para entender oficiosamente en todos los extremos y pormenores del litigio. Como lo tiene dicho esta corporación, "su actividad jurisdiccional queda circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante. Por modo que si éste no configura sus cargos, satisfaciendo las exigencias requeridas al efecto por el legislador, ello es como si dejase desierto el recurso, quitando a la Corte la posibilidad de ocuparse en definirlo.

"Es así como el artículo 65 del decreto—ley 528 de 1964 estableció el rito de la calificación previa de la demanda de casación, en orden a determinar si ésta se

ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 63 *ibidem*, y de no para que el recurso se declare desierto. Lo que obedece desde luego a un imperativo de economía procesal, que repugna el adelantamiento de trámites encaminados a objetivos frustráneos por no haberse satisfecho los presupuestos indispensables a su prosperidad" (providencia de 15 de abril de 1966, en juicio de Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A., aun no publicada en la Gaceta Judicial).

Ahora bien: Para cuando se acusa por violación de ley sustancial, dispone la segunda parte del ordinal 1o. del artículo 52 del decreto—ley 528 de 1964 —a igual de lo que dispuso para la misma hipótesis el ordinal 1o. del artículo 520 del C. J.—, que "si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Este precepto, que es uno de los rectores en la disciplina del recurso, contempla precisamente el caso de censura por la llamada "violación indirecta" de la ley sustancial, que es la en que se incurre como consecuencia, ya de error de derecho, ya de error de hecho, en la apreciación de las pruebas. Mas, como lo prescribe el mismo texto legal, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido" por el juzgador en el yerro que se le imputa. Entonces, si el cargo que en el campo probatorio se le hace es el de error de derecho en la estimación de una determinada prueba, para que la demostración de ello pueda surtir es imprescindible que se indique la norma de derecho determinativa del mérito o demérito de ese medio que se pretende mal estimado por el juzgador, ya por haberle negado el valor probativo que la ley le asigna, ya por haberle atribuído uno que ésta no le otorga. En suma: No es posible demostrar el error de *DERECHO* en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar la premisa mayor de la operación dialéctica al respecto.

Ello está en ajustada correspondencia con el artículo 63 del decreto, según el cual la demanda en el recurso debe, entre otros

requisitos, "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, *indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella*". Entonces, *indicar en forma clara y precisa* el fundamento de una censura cuyo punto de partida consiste en la lesión del derecho probatorio, implica ciertamente la necesidad de señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida, para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial.

La impugnación que se contempla peca ciertamente de este capital defecto. Su íntegro contenido, como se ostenta en la transcripción hecha atrás, luego de anunciar, como cargo único, que se acusa la providencia recurrida "por interpretación errónea en la apreciación de la prueba", se reduce a alegar que por *error de derecho* en la apreciación de un certificado expedido por el Juez 2o. Civil del Circuito de Cúcuta acerca de ser los demandados los herederos *ab-intestato* del causante Juan Pabón, el sentenciador violó el artículo 4o. de la ley 45 de 1936 que "da derecho a JUAN CARRILLO para ser declarado hijo natural de JUAN PABON", y, por tanto, "la sentencia recurrida ha violado el art. 1155 del Código Civil que dice que los herederos representan la persona del testador o causante", calidad que también tiene quien ha aceptado la herencia en la sucesión intestada.

Es, pues, evidente que el recurso, no obstante situarse todo en el campo del quebrantamiento del derecho probatorio, como medio a través del cual se produjese la alegada infracción de la ley sustancial, no señaló en forma alguna la hipotética norma de la ley de pruebas que atribuyese a la referida certificación del juez el valor demostrativo pretendido por el recurrente y que en el pensamiento de éste desconociera el sentenciador.

Quiere, pues, decir que el libelo con el cual ha pretendido fundarse este recurso, por no indicar el fundamento de la causal invocada, cual lo requiere el artículo 63 del citado decreto, en armonía con lo dispuesto en la segunda parte del ordinal 1o. del artículo 52 *ibidem*, carece de la forma técnica indispensable que le permitiese luego a la Corte entrar a fondo en su estudio.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, por

cuanto la demanda de casación presentada en este negocio no reúne los requisitos legales, declara DESIERTO el recurso de que se trata.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramirez L., *Secretario.*

CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR EN CASACION

El artículo 51 del Decreto 528 de 1964 no suspendió el traslado del avalúo a que alude el artículo 719 del C. Judicial.

El artículo 51 del Decreto 528 de 1964, modificó el artículo 524 del C. Judicial en cuanto autorizó al Tribunal para ordenar, también en caso de duda, el avalúo del interés para recurrir en casación por un perito sorteado de la lista enviada anualmente por la Corte Suprema de Justicia. El perito debe rendir dentro del término fijado por el Tribunal su dictamen, y "producido" este, concluye el precepto, el Tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes".

El reformado artículo 524 fue aplicado siempre en el sentido de que el dictamen rendido por los peritos nombrados por el Juez no podía tener el valor de prueba, sino en cuanto se hubieran agotado las oportunidades que los artículos 719 y 720 del C. J. dan a las partes para pedir ampliación, aclaración, complemento de él, o para objetarlo.

La circunstancia de que, en los términos de la reforma, el avalúo del interés se haga por un solo perito, no descuenta las tachas de oscuridad, deficiencia, error y demás de que puede adolecer el dictamen en detrimento de los intereses de los litigantes.

Que el artículo 51 diga que, una vez rendido el avalúo, el Tribunal resuelve dentro de los cinco días siguientes, no puede entenderse sino con el alcance de que dicha prueba no se considera rendida sino una vez vencido el traslado de tres días que ordena el artículo 719 del C. Judicial, sin que las partes o el Juez hayan dispuesto cosa alguna en relación con él, o, en caso contrario, luego que el perito lo haya explicado, ampliado, aclarado o complementado, o cuando se hayan resuelto las objeciones formuladas.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada).

En el juicio ordinario seguido por Julio Fajardo, en su condición de hijo natural de Gregorio Fajardo, contra María García v. de

Fajardo, como cónyuge sobreviviente de este, sobre reforma del testamento otorgado por escritura 207 de 7 de febrero de 1959 en la Notaría 2a. de Ibagué, el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial con fecha 11 de agosto de 1965 profirió sentencia, mediante la cual reformó la de primer grado, y declaró:

"1o.— La cónyuge sobreviviente no es legitimaria de su esposo, pero a falta de descendencia legítima sí está llamada a participar en la herencia. 2o.— Refórmase la cláusula cuarta del testamento otorgado por el señor Gregorio Fajardo Clavijo... en los siguientes términos y en relación con los bienes herenciales del causante: a)— La cónyuge Gervacia o María García de Fajardo tiene derecho a percibir la cuarta de libre disposición que le fue asignada por el testador. b)— El heredero legitimario, Julio Fajardo, en su calidad de hijo natural, tiene derecho a la cuarta de mejoras como titular de ella, y asimismo a las dos cuartas restantes por concepto de su legítima. 3o.— No hay lugar a declarar la nulidad de las cláusulas quinta y sexta del testamento".

El apoderado de la parte demandada interpuso oportunamente recurso de casación contra el fallo del Tribunal. Este, encontrando dudosa la cuantía del interés para recurrir en casación, designó un perito de la lista enviada por la Corte, el cual dentro del término legal rindió su dictamen fijando dicha cuantía en menos de cien mil pesos (\$100.000.00).

El Tribunal, estimando que, de conformidad con el artículo 51 del Decreto 528 de 1964, el dictamen pericial no está sometido a traslado ni a objeción alguna, negó el recurso de casación en proveído de primero de marzo último. Denegó asimismo el recurso de reposición que oportunamente fue interpuesto contra el auto a que acaba de hacerse referencia, y ordenó librar las copias

que estimó pertinentes para efectos del recurso de hecho.

La parte interesada se presentó en término con copia de las piezas ordenadas, expedida por el Secretario del Tribunal Superior de Ibagué, y la solicitud de que se le conceda el recurso de hecho contra el auto de primero de marzo último, y el de casación, que por él le fue negado, o que, en subsidio, revocado dicho auto, se ordene que el Tribunal Superior, de conformidad con los artículos 719 y 720 del C. Judicial, se ordene correr traslado del dictamen rendido por el perito con el fin de que se tramite la articulación sobre objeción por error grave formulado al mismo dictamen.

Se funda el recurrente en que el Tribunal tenía razón en dar aplicación a los artículos 50 y 51 del Decreto 528 de 1964, pero que violó flagrantemente lo dispuesto por los artículos 719 y 720 del C. Judicial no ordenando que el dictamen rendido por el perito se pusiera en conocimiento de las partes, para que estas hagan uso del derecho que las mismas normas procesales les confieren.

La Corte considera:

El artículo 524 del Código Judicial preceptuaba que, cuando era necesario tener en consideración la cuantía de la demanda, y había verdadero motivo de duda sobre este punto, el Tribunal, antes de conceder el recurso, disponía se estimara aquella por peritos designados por él mismo.

El artículo 51 del Decreto 528 de 1964, modificó el anterior en cuanto autorizó al Tribunal para ordenar, también en caso de duda, el avalúo del interés para recurrir en casación por un perito sorteado de la lista enviada anualmente por la Corte Suprema de Justicia. El perito debe rendir dentro del término fijado por el Tribunal su dictamen, y "producido este, concluye el precepto; el Tribunal resolverá dentro de los cinco días siguientes".

El reformado artículo 524 fue aplicado siempre en el sentido de que el dictamen rendido por los peritos nombrados por el Juez

no podía tener el valor de prueba sino en cuanto se hubieran agotado las oportunidades que los artículos 719 y 720 del C. J. dan a las partes para pedir ampliación, aclaración, complemento de él, o para objetarlo.

La circunstancia de que, en los términos de la reforma, el avalúo del interés se haga por un solo perito, no descuenta las tachas de oscuridad, deficiencia, error y demás de que puede adolecer el dictamen en detrimento de los intereses de los litigantes.

Que el artículo 51 diga que, una vez rendido el avalúo, el Tribunal resuelve dentro de los cinco días siguientes, no puede entenderse sino con el alcance de que dicha prueba no se considera rendida sino una vez vencido el traslado de tres días que ordena el artículo 719 del C. Judicial, sin que las partes o el Juez hayan dispuesto cosa alguna en relación con él, o, en caso contrario, luego que el perito lo haya explicado, ampliado, aclarado o complementado, o cuando se hayan resuelto las objeciones formuladas.

Estando pendiente ordenar el traslado a las partes del dictamen rendido por el perito, era prematuro conceder el recurso de casación, por lo cual ha debido reponerse el auto reclamado y ordenar que el avalúo del interés se pusiera en conocimiento de las partes por tres días.

En razón de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, admite el recurso de hecho, y en consecuencia revoca el auto de primero de marzo último, por el cual se denegó el recurso de casación contra la sentencia de 11 de agosto de 1965, y ordena que el Tribunal ponga en conocimiento de las partes el dictamen pericial.

Remítase esta actuación al Tribunal Superior de Ibagué.

Notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Anibal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada,

Ricardo Ramírez L., *Secretario.*

COMPETENCIA ACCESORIA O POR ATRACCION

El Juez de la causa mortuoria atrae e inhibe, temporalmente, al Juez del domicilio convencional para conocer de las acciones que se promuevan contra la herencia.

Para conocer de los juicios de sucesión, la regla 5a del artículo 152 del C. Judicial establece un fuero privativo para el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional; y en caso de que a su muerte lo hubiera tenido en distintos municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

El fuero es privativo en este caso, porque sólo el Juez del último domicilio del causante puede conocer del juicio de sucesión.

El inciso 2o. de la regla 5a citada, consagra una especie de competencia accesoria o por atracción, al establecer que el mismo Juez que conoce del juicio sucesorio, es competente para el conocimiento, mientras dure dicho juicio, de los que se promuevan contra la herencia, y los relativos a controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato. Este fuero obedece a la conveniencia de que las cuestiones que nacen de la sucesión de una persona, sean resueltas por el Juez que está conociendo de ella.

La competencia accesoria o por atracción es también privativa para el Juez de la causa mortuoria, pero únicamente mientras dure el juicio de sucesión, como expresa el artículo en comento, lo cual quiere decir que es una competencia privativa temporal, porque concluido aquel juicio, el Juez del sucesorio ya no conoce privativamente de los juicios que se promuevan contra la herencia.

Cuando se ha señalado un domicilio especial, conoce del juicio a que haya lugar por razón del contrato mismo, el Juez del lugar determinado por la convención, según la regla tercera del artículo 152 citado del C. Judicial.

Dicha regla es de preferente aplicación en vida de los contratantes, porque para ellos el domicilio especial o convencional constituye ley del contrato, conforme al artículo 1602 del Código Civil. Pero muerto el deudor y abierto su juicio de sucesión, como el Juez que conoce de la causa mortuoria tiene competencia privativa, mientras dure tal causa, para conocer de los juicios que se promuevan contra la herencia, este funcionario atrae el conocimiento e inhibe, en consecuencia, al Juez del domicilio convencional, para conocer del juicio para el cobro del crédito. La estipulación sobre

domicilio convencional, que es de carácter privado, cede entonces ante una norma sobre competencia privativa, que es de orden público.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán.)

1— En el extinguido Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos, se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión de los cónyuges Delio Granda y Ana Julia Pineda de Granda, según auto de 2 de agosto de 1962.

En el mismo Juzgado se inició un juicio ejecutivo contra la sucesión del causante Delio, representada por sus herederos, por la suma de \$4.000.00 moneda corriente, en favor del doctor Bernardo Ruíz Velásquez, éndosatario al cobro de una letra de cambio. El mandamiento de pago se libró el 5 de marzo de 1963.

Al entrar en vigencia la reforma judicial, el Juzgado del Circuito envió el expediente del juicio ejecutivo al Juez Municipal de Entreríos, para que siguiese conociendo del negocio, pero este funcionario, a su vez, lo remitió al Juez Municipal de Santa Rosa de Osos, por considerar que era el competente.

El Juez Municipal de Santa Rosa de Osos estimó que tenía la competencia el de Entreríos y se lo envió de nuevo. Este funcionario dispuso entonces pasar el expediente a la Corte para que decidiese la colisión.

2— Es oportuno resolver ahora lo que se estime legal, previas las siguientes consideraciones:

a)— La Corte, por medio de su Sala de Casación Civil, es competente para dirimir la

colisión (Art. 16 numeral 3o del Decreto No. 528 de 1964) por tratarse de un conflicto de competencia en asunto civil, suscitado entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales, comoquiera que el Municipal de Entreríos corresponde al Distrito Judicial de Medellín y el de Santa Rosa de Osos al de Yarumal, según la división territorial judicial actualmente en vigor, de conformidad con el Decreto No. 1356 de 1964;

b) — El Juez Municipal de Entreríos estima que el asunto corresponde al de Santa Rosa de Osos, por adelantarse allí el juicio de sucesión de Delio Granda y estar situados los bienes sucesorales en ese Municipio. El de Santa Rosa de Osos, en cambio, es de parecer que el negocio compete al Juez de Entreríos, porque en la letra de cambio fundamento de la ejecución, se indicó esa plaza como lugar del pago:

c) — El señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se dió en traslado el expediente conforme a lo dispuesto en el Art. 422 del C. Judicial, conceptúa que el Juez competente para conocer del juicio ejecutivo en cuestión, es el que esté conociendo del de sucesión de Delio Granda, porque se trata de una acción contenciosa seguida contra la herencia, originada en una deuda personal del causante.

Suyas son las siguientes palabras:

“Como en realidad se trata de una acción contenciosa seguida contra la herencia, o la masa global hereditaria, cuya causa proviene de una deuda personal del causante, tiene la competencia *privativa* mientras dure el juicio de sucesión, el Juez que conoce de éste, al tenor de lo que dispone el Art. 152, regla 5a en su inciso 2o. Ni siquiera el interés que tengan el Estado, los Departamentos o los Municipios, priva de su jurisdicción y competencia para conocer al Juez de la causa sucesoral, de las contenciones seguidas contra la herencia, al tenor del inciso 3o. de dicha regla 5a. Hasta este punto el Legislador quiso mantener la jurisdicción y competencia exclusiva, privativa, en el Juez que conoce del juicio sucesorio para tales casos”.

d) — La regla 5a del Art. 152 del C. Judicial dispone: “En el juicio de sucesión, es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en el caso de que, a su muerte, lo hubiera tenido en distintos Municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

“El mismo Juez es competente para conocer, mientras dure el juicio de sucesión de los que se promuevan contra la herencia, los relativos a controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato, desheredamiento, incapacidad, o indignidad de los asignatarios, reforma del testamento, o nulidad del mismo, o de alguna de sus disposiciones.

“El interés que tengan el Estado, los Departamentos o los Municipios, no priva de su jurisdicción al Juez correspondiente”.

✓ Para conocer de los juicios de sucesión, la regla citada establece un fuero privativo para el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional; y en caso de que a su muerte o hubiera tenido en distintos Municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios.

El fuero es privativo en este caso, porque sólo el Juez del último domicilio del causante puede conocer del juicio de sucesión.

El inciso 2o de la regla 5a citada, consagra una especie de competencia accesoria o por atracción, al establecer que el mismo Juez que conoce del juicio sucesorio, es competente para el conocimiento, mientras dure dicho juicio, de los que se promuevan contra la herencia, y los relativos a controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato. Este fuero obedece a la conveniencia de que las cuestiones que nacen de la sucesión de una persona, sean resueltas por el Juez que está conociendo de ella.

La competencia accesoria o por atracción es también privativa para el Juez de la causa mortuoria, pero únicamente mientras dure el juicio de sucesión, como expresa el artículo en comento, lo cual quiere decir que es una competencia privativa temporal, porque concluido aquel juicio, el Juez del sucesorio ya no conoce privativamente de los juicios que se promuevan contra la herencia.

En el caso en estudio la ejecución se inició, según se dijo antes, con fundamento en una letra de cambio a cargo del causante Granda, y en ella se fijó como lugar del pago el Municipio de Entreríos.

Este es un domicilio convencional, que puede estipularse conforme a los artículos 85 y 1645 del C. Civil.

Cuando se ha señalado un domicilio especial, conoce del juicio a que haya lugar por razón del contrato mismo, el Juez del

lugar determinado por la convención, según la regla tercera del artículo 152 citado del código judicial.

Dicha regla es de preferente aplicación en vida de los contratantes, porque para ellos el domicilio especial o convencional constituye ley del contrato, conforme al artículo 1602 del código civil.

Pero muerto el deudor y abierto su juicio de sucesión, como el Juez que conoce de la causa mortuoria tiene competencia privativa, mientras dure tal causa, para conocer de los juicios que se promuevan contra la herencia, este funcionario atrae el conocimiento e inhibe, en consecuencia, al Juez del domicilio convencional, para conocer del juicio para el cobro del crédito. La estipulación sobre domicilio convencional, que es de carácter privado, cede entonces ante una norma sobre competencia privativa, que es de orden público.

El Juez Municipal de Santa Rosa de Osos está conociendo de la causa mortuoria de Delio Granda, según constancias procesales

(fl. 10 cd. No 2); por consiguiente, a dicho funcionario corresponde seguir conociendo de la ejecución adelantada contra la sucesión del deudor, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

En atención a las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil y de acuerdo con él, DECLARA que es competente para conocer del presente juicio ejecutivo, el Juez Municipal de Santa Rosa de Osos.

Comuníquese a los Jueces entre quienes se suscitó la competencia y remítase el proceso al funcionario declarado competente.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.



SALA DE CASACION PENAL

Extractos en materia penal, a cargo de DIEGO E. CRISTAN-
CHO M., Relator de la Corte.

DERECHO DE DEFENSA

Unicamente resulta violado el derecho de defensa cuando, de manera absoluta, el enjuiciado no contó con asistencia jurídica, o se le negó la facultad de aducir pruebas, o se le impidió alegar en su favor.—

1.— *Una de las formalidades del juzgamiento, a que alude el art. 26^o de la Constitución Nacional, es la de que “el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa”;* (Sent. de 13 de noviembre de 1928, G.J. t. XXXVI, p. 203).

Y este derecho de defensa, es bien sabido, se concreta en las diferentes facultades que la ley le confiere al acusado para llevarla a efecto. Consiste, como señala VINCENZO MANZINI, en esa “actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado”. Esto es, en el derecho de probar y alegar la inocencia o cualquier circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad, con la asistencia de un profesional de las ciencias jurídicas.

Esta asistencia del enjuiciado la exige el Código de Procedimiento Penal en sus arts. 432 y 433 y la reglamenta en el Capítulo III, de su Libro Primero. En esta última parte indica (inciso 2o. del art. 109) que “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”. Con ésto, se asegura la plenitud del ejercicio del derecho de defensa, consagrado en la Carta.

2.— *Unicamente procede la nulidad constitucional por infracción del precepto contenido en el art. 26 de la Carta, en cuanto al derecho de defensa allí consagrado, cuando de manera absoluta el enjuiciado no contó con asistencia jurídica, o se le negó la facultad de aducir pruebas o de alegar en su favor. A este respecto véase lo expuesto por la Sala en sentencia de 2 de diciembre de 1965.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril doce de mil novecientos

sesenta y seis. (Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de 6 de noviembre de 1964, por la cual, de acuerdo con el fallo de primera instancia, condena a los procesados PEDRO GOMEZ BUENO; ELIAS BUENO CHAPARRO y MARCOS BUENO CHAPARRO, a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Isidro Gómez.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

El Juzgado 1o. Superior de San Gil, al llamar a juicio a los sindicados, hizo la siguiente síntesis de lo ocurrido:

“Según los datos que ofrece el informativo, se sabe que Isidro Gómez se encontraba en compañía de José Antonio Macías Caballero, en la casa de este último, situada en la vereda de ‘Marta’, del corregimiento de Villanueva, el día veintidós de agosto del año pasado...” (1961)... “Eran aproximadamente las ocho de la noche, cuando irrumpieron en la habitación los sujetos Pedro Gómez Bueno, Marcos Bueno y Elías Bueno y después de saludar al dueño de casa emprendieron feroz acometida a bala y machete sobre Isidro Gómez, a quien destrozaron literalmente de cuarenta y cuatro golpes de peinilla y un disparo de escopeta. Una vez consumado el horripilante crimen, los delincuentes obligaron a Macías a que les ayudara a sacar el cadáver de la habitación y luego ellos lo llevaron a un lugar distante ochocientos setenta

metros de la casa, donde lo abandonaron, tendido a la vera del camino”.

Dictado el auto de proceder, los encausados Pedro Gómez Bueno y Elías Bueno Chaparro nombraron como defensor al doctor Jaime Rueda Uribe, quien, asimismo, por designación del Juzgado 1o. Superior de San Gil, asumió la defensa del sindicado Marcos Bueno Chaparro, declarado reo ausente.

En la audiencia pública de juzgamiento, el vocero de los acusados Gómez Bueno y Elías Bueno Chaparro expresó que “se trata de un proceso muy delicado, en el cual, dicho sea de paso, no ha debido actuar un solo defensor de los tres procesados, pues del testigo que se dice ocular surge cierta oposición de intereses entre los tres sindicados”. Y también el defensor, doctor Jaime Rueda Uribe, manifestó que “coadyuvaba al señor vocero en la advertencia de que no ha debido designarse un solo defensor para todos los procesados, por dificultar ello la eficacia de la defensa”.

Acogido el veredicto del Jurado y próferida la sentencia condenatoria de primera instancia, el Juzgado 1o. Superior de San Gil hizo las siguientes consideraciones para rechazar la petición de declaratoria de nulidad del juicio, por violación del derecho de defensa:

“Estudiadas cuidadosamente las razones expuestas por los memorialistas, este Despacho no les encuentra fundamento suficiente para decretar la nulidad solicitada. En efecto, para el Juzgado no existen intereses encontrados...por la razón clarísima de que los procesados indagatoriados negaron los cargos que les aparecen dentro del informativo y no se hicieron, en consecuencia, ninguna inculpación. Tampoco aparecen en sus indagatorias cargos algunos para el procesado ausente; luego por este aspecto no puede hablarse, en estricto derecho, de intereses opuestos. Tampoco nacen estos intereses opuestos de la declaración del único presencial de los hechos, señor José Antonio Macías Caballero. Sobre el particular y como asunto capital, debe tenerse en cuenta que él no presenció todo el desarrollo de los hechos sangrientos, sino únicamente el comienzo de los mismos. El nos dice que vio cuando Marcos Bueno le pegó un tiro a Isidro Gómez. En seguida le vi un charapo en la mano a Elías Bueno

(peinilla de 24 pulgadas, con la punta curva); el muerto cayó del banquito donde estaba sentado y en seguida le dieron un machetazo por la nuca, estando en el suelo. Pedro Gómez llevaba una escopeta y le provocaba darme un tiro...En seguida me dijeron: a uste no lo matamos, pero nos va a ayudar a botarlo, y me hicieron sacarlo de la sala del rancho, de la gotera de la casa como a un metro. Isidro, cuando lo sacaron al patio, estaba como privado; estando ahí se paró Isidro y en seguida salió como en carrera, como a unos siete metros; en ese momento fue que yo salí en carrera, por donde hay un joyo (sic) de agua; en seguida me vine a dar cuenta a la Inspección de Policía...”.

Agrega el juzgador de primera instancia, sobre esta particular, que “no hay que olvidar que todos los procesados, los que concurrieron a la audiencia pública y el reo ausente, fueron llamados a juicio como coautores del delito, es decir, que debían responder de él en un mismo plano, o sea en una misma forma”.

Los anteriores razonamientos fueron acogidos por la mayoría de los miembros de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de San Gil. El con-juez, doctor Alberto Rueda Amorocho, se apartó de dicho criterio y salvó su voto, con fundamento en lo que pasa a transcribirse:

“Si la violación más o menos grave de algunas normas previstas en el Código de Procedimiento Penal entrañan nulidades sustanciales o formales, que afectan el proceso, invalidándolo, porque se considera que el quebrantamiento de tales normas trastorna el orden público y jurídico de la nación, con mucha más razón debe considerarse trastornado dicho orden cuando en determinado proceso se viola y quebranta, nó la ley, sino una norma de la Constitución Nacional.

“Al discutirse el proyecto de sentencia expuse brevemente algunas consideraciones para sostener y respaldar la tesis sobre nulidad constitucional expuesta por los procesados, y por su defensor, consistente en la circunstancia de haberseles menoscabado el derecho de defensa, debido a que habían sido asistidos por un solo defensor, existiendo contraposición de intereses entre ellos.

“Pero no es exacto, como se dice en el fallo por la mayoría de la Sala, que la defensa sólo advirtió la incompatibilidad

de intereses entre los procesados cuando 'el fallo del Jurado le resultó adverso a sus pretensiones'. Durante la vista pública de la causa y antes de conocerse el veredicto del Jurado, tanto el vocero de la defensa, como el mismo defensor, advirtieron la contraposición de intereses, que ahora se plantea, como nulidad de carácter constitucional.

“De manera que los propios defensores plantearon en la audiencia pública, antes de conocerse el veredicto del Jurado, cierta contraposición de intereses entre los procesados, que podía restarle eficacia a la defensa. Esta sola consideración bastaría para concluir que sí hubo violación del precepto constitucional que establece que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas de cada juicio'. Y no se llenaron en el presente caso la plenitud de las formas de cada juicio, porque el art. 109 del C. de P.P. establece que un solo defensor puede asumir la defensa de varios procesados, cuando los intereses de éstos no sean contrapuestos. ¿Cómo aparece o cómo surge la contraposición de intereses en el negocio que se estudia? Sencillamente aceptando la versión del testigo único, Macías, cuando dice que Marcos Bueno le hizo a Gómez un disparo y que con este disparo le dió en la garganta; que Elías Bueno le dió un machetazo; y que Pedro Gómez tenía una carabina, que el testigo no usó para nada. La coautoría que dedujo el señor juez del conocimiento en el auto de proceder, no unifica la responsabilidad de los procesados para concluir que no existen intereses encontrados. En la audiencia pública hubiera podido sostener el procesado Gómez Bueno que él no había causado ninguna de las heridas que le fueron reconocidas al occiso Gómez Ballesteros, con base en lo dicho por el testigo único y con base en que no existe ninguna otra prueba que lo comprometa como autor. Y lo hubiera podido sostener con éxito, porque el llamamiento a juicio que se hizo para los tres procesados, uno de ellos ausente, es

muy aventurado, porque se fundó sobre el testimonio de Macías Caballero, que no ofrece serios motivos de credibilidad... La participación de Pedro Gómez Bueno la deduce el juzgado sin ningún fundamento probatorio.

“Es por ésto por lo que considero que sí existen intereses opuestos en la presente causa y que por lo tanto, los procesados no tuvieron cabal defensa. La H. Corte Suprema de Justicia, en casación de 9 de abril de 1962, en caso parecido, dijo lo siguiente: 'En materia penal no siempre los intereses de los varios procesados que concurren pueden tomarse como solidarios y en esta suerte pretender que lo que se diga en torno a uno de ellos tenga que comprender a los demás, precisamente porque, en este campo, la responsabilidad es absolutamente individual y, por lo mismo, la defensa, como la posición del procesado durante el curso del juicio, tienen que ser, a su vez, individuales. Esa individualidad en la defensa y en la posición del reo hacen imposible que un solo defensor pueda asistir, en un mismo juicio, a procesados de intereses contrapuestos, los cuales, al entrar en conflicto como consecuencia lógica de su particular tutela, en la hipótesis de defensor único, harían nugatorio ese derecho con respecto al conjunto de aquellos intereses para determinar, dentro de esas condiciones, la inexorable violación del artículo 26 de la Constitución Nacional', (G. J. t. XCVIII, Nos. 2252 — 2254, p. 492)”.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El doctor Carlos Augusto Noriega, apoderado del recurrente PEDRO GOMEZ BUENO, invoca la causal cuarta de casación (art.567 del C. de P.P. y ord.4o. del art.56 del Decreto 528 de 1964), pues estima que la sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Dice que su mandante careció de defensa y por ésto se ha incurrido en violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Como fundamento del cargo propuesto,

dice el demandante lo siguiente:

“Conviene dejar sentado, siguiendo los pasos de los fallos de instancia, que la contraposición de intereses entre los tres procesados no se deriva —ni procesados ni defensor ventilaron en ningún momento semejante cuestión— de que éstos se hubiesen hecho cargos recíprocos, pues no se conoció el criterio del ausente y los dos presentes negaron su participación en los hechos investigados.

“La contraposición de intereses surge, clara, evidente e inequívoca, de la versión que entregó a la justicia el único testigo que se dijo espectador de parte de los hechos, versión que fue el exclusivo apoyo del enjuiciamiento y el solo material de convicción de que pudieron disponer los jueces de conciencia.

“Esa versión testimonial sitúa y pone a actuar en el escenario de la sangrienta ocurrencia a sus tres supuestos protagonistas, de esta manera:

“A Marcos Bueno Chaparro, armado con una escopeta de fisto, dándole al occiso Gómez un tiro por la garganta;

“A Elías Bueno Chaparro, portando un ‘Charapo’, peinilla de 24 pulgadas usada en Venezuela, con la punta curva;

“A Pedro Gómez Bueno, armado de escopeta con la que le provocaba darle un tiro al propio testigo.

“El testigo, según su dicho, no vió nada más, pues luego del tiro que Marcos Bueno Chaparro le hizo al occiso Gómez, y de haber ayudado a sacar a éste de la puerta de la casa como unos dos metros, pegó un brinco y salió en carrera.

“Como el occiso Gómez Ballesteros, además de una herida con arma de fuego hubiese presentado 37 heridas con arma ‘cortante’, ‘corto—punzante’ y ‘corto—contundente’, el Juez de la causa dedujo a los tres procesados el cargo de coautoría, con sevicia, en el homicidio. Pero esa deducción del fallador —racional o irracional, justa o injusta, esto no viene al caso, pues su calificación es de exclusiva competencia de los jueces de conciencia— fue el producto de una pura elaboración mental. Porque del dicho del único testigo que se dijo presencial de parte de los hechos, aceptado como fue por el juez de

derecho y los jueces de conciencia, lo que se desprende es la no participación de Pedro Gómez Bueno en el acto de ocasionarle heridas al occiso Gómez Ballesteros, provisto como estaba, según el testigo, de una escopeta que nó disparó, y sin que el mismo testigo afirme haberlo visto armado de instrumento ‘cortante’, ‘corto—punzante’ o ‘corto—contundente’.

“El total quebrantamiento del derecho de defensa: Aquí no va a controvertirse el valor probatorio, harto discutible por cierto, del dicho del único testigo que se dijo presencial de parte de los hechos. Lo que se sostiene es que la aceptación de la plena veracidad de cuanto dijo, y cuanto no dijo pero fue suplido con la elaboración mental del fallador de derecho, se llevó a cabo por parte de éste, y de modo especial por parte de los jueces de conciencia, sin la posibilidad de que el defensor, por serlo de los tres procesados, plantease la sola responsabilidad de uno o dos de éstos y la inocencia del restante. O un distinto grado de participación de los tres procesados, desde el punto de vista de su necesidad para la producción del evento dañino o de la configuración del agravante de la sevicia, para mejorar la situación de unos con desmedro o empeoramiento de la de los otros. Y el apoderado no pudo hacer semejante debate, porque su condición de defensor único y solidario de los tres procesados le impedía, legalmente, preferir a uno o dos de éstos, convirtiéndose en acusador del otro u otros. Lo que a la postre vino a convertirse en fundamental agravio al derecho de defensa de los tres procesados.

“Frente a la existencia de un único testigo que se dijo presencial de parte de los hechos, y dados los precisos términos de su incompleta versión, la eficacia previsible en la defensa de uno o dos de ellos, ante el juez de derecho pero primordialmente ante los jueces de conciencia, estaba en relación directa con el énfasis que se aplicara a la aceptación de la responsabilidad del otro o de los otros dos. Es decir, que para defender, con alguna probabilidad de buen éxito, era absolutamente

indispensable acusar. Y como un solo defensor de los tres procesados no podía, ni pudo en efecto, asumir este doble papel, los tres procesados fueron vencidos en juicio sin haber sido oídos. Por haberse desatendido la perentoria restricción prevista para la asunción de la defensa de varios procesados por un solo apoderado, en el art. 109 del C. de P.P., se incurrió en flagrante violación del derecho de defensa que consagra la Constitución Nacional en su artículo 26.— Todo lo expuesto para sustentar la causal de casación alegada, está consignado, con acopio de otras razones y brillante rigor dialéctico, en el salvamento de voto del con—juez, Dr. Alberto Rueda Amorochó, ya transcrito y que se acoge en su integridad como insustituible fundamentación de esta demanda”.

El señor Procurador lo. Delegado en lo Penal estima que no prospera la causal cuarta de casación alegada, por cuanto, en su concepto, no se violó el derecho de defensa del procesado recurrente, señor Pedro Gómez Bueno, a quien se refiere la demanda de casación.

Dice el señor Agente del Ministerio Público:

“Ciertamente, resultan contundentes las razones transcritas...” (alude a las consideraciones que dejó el Juzgado lo Superior de San Gil, en la sentencia de primera instancia, para negar la existencia de la nulidad alegada, por supuesta violación del derecho de defensa, de las cuales se hizo ya mención en este fallo)...” pues con todo vigor dialéctico demuestran que la supuesta oposición de intereses entre los tres procesados defendidos por el abogado Jaime Rueda Uribe, no existió jamás, y en manera alguna es posible deducirla de la circunstancia de que un solo testigo de cargo, que fue el único presencial de los hechos, hubiera constituido elemento probatorio suficiente para fundamentar la acusación que, como homicidas de Isidro Gómez, se les hizo a Pedro Gómez Bueno, Elías Bueno Chaparro y Marcos Bueno Chaparro, provisionalmente al ser llamados a juicio, y definitivamente al ser condenados en una y otra instancia.

“Y no es deducible de tal circunstancia, porque es un hecho que no se remite a duda que las inculpaciones formuladas por el referido testigo no dieron lugar a que entre los delinquentes señalados por él, surgiera una contienda de intereses, en forma tal que uno o dos de los sindicados, al negar los cargos hechos por José Antonio Macías Caballero, le atribuyeran la responsabilidad por la muerte ocasionada, al segundo o al tercero de los imputados. No nació la clase de oposición de intereses que, según la ley, impide que un solo abogado patrocine a dos o más acusados, que para salvarse, cada cual se declara inocente y al propio tiempo señala como culpable al otro.

“Muy por el contrario: los tres individuos a quienes sindicó como homicidas Macías Caballero, al negar sistemáticamente, en una y otra de las intervenciones que tuvieron en el proceso, toda participación criminal, formaron un solo frente defensivo apoyado en tal negativa, y fue por ello por lo que a su común defensor le resultó posible criticar, por todos los medios a su alcance, al testigo de que se habla, para terminar sosteniendo, durante la verificación del juicio público, ‘que los matadores de Isidro Gómez no fueron los hoy acusados sino otros extraños’ (f.188 del Cd.1o).

“De todo lo cual se deduce que la incompatibilidad en defender un mismo abogado intereses opuestos de varios procesados, no se distingue en el presente caso.

“Por lo demás, en esa supuesta incompatibilidad o repugnancia o contradicción que la ley supone existente cuando un mismo abogado defiende intereses opuestos, no cayó en la cuenta el doctor Jaime Rueda Uribe, pues la verdad es que sin reticencia alguna aceptó la designación que como defensor le hicieron Pedro Gómez Bueno y Elías Bueno Chaparro, al ser notificados del llamamiento a juicio proferido en contra de ellos, y es evidente, además, que tampoco ofreció Rueda Uribe reparo alguno al enterarse de que el Juzgado del conocimiento le designaba curador y también defensor del

reo ausente Marcos Bueno Chaparro, cargos los cuales aceptó, habiéndolos ejercido después de tomar posesión de ellos.

“En un último extremo —como ya se anotó— vino a surgir para Rueda Uribe la oposición de intereses que ahora inútilmente es alegada como motivo de casación de la sentencia del *ad quem*. Pero no fue ésta idea propiamente suya, que hubiera sido expuesta como fruto de su personal iniciativa, puesto que quien habló de tal cosa resultó ser el vocero que los dos acusados designaron a tiempo de iniciarse la vista pública.

“Mas con todo, ni el vocero, así nombrado, ni el antiguo defensor de los dos procesados que comparecieron ante el tribunal popular, solicitaron que se les relevara, por lo menos en parte, del encargo recibido.

“Esto hace ver, de otro modo, que dificultad ninguna tuvieron al fin y a la postre, defensor y vocero, al defender a sus representados, por lo que procedieron a realizar su cometido a cabalidad. De los resultados negativos que tuvo de esta labor, lo mismo que todo el trabajo que con anterioridad y posterioridad a la audiencia pública adelantó el doctor Rueda Uribe, no es posible decir que constituyan circunstancias que deban ser tenidas en cuenta por la Corte, como Tribunal de casación, porque no dan pie para inferir que las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional han sido violadas en el curso del proceso de que se trata”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Es cierto, como lo anota el demandante, que esta Sala ha afirmado que una de las formalidades del juzgamiento, a que alude el artículo 26 de la Constitución Nacional, es la de que “el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa”. (Sent. de 13 de noviembre de 1928, G.J. t. XXXVI, p. 203).

Y este derecho de defensa, es bien sabido, se concreta en las diferentes facultades que la ley le confiere al acusado para llevarla a

efecto. Consiste, como señala VINCENZO MANZINI, en esa “actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado”. Esto es, en el derecho de probar y de alegar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad, con la asistencia de un profesional de las ciencias jurídicas.

Esta asistencia del enjuiciado la exige el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 432 y 433 y la reglamenta en el Capítulo III, de su Libro Primero. En esta última parte indica (inciso 2o. del art. 109) que “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”. Con esto, se asegura la plenitud del ejercicio del derecho de defensa, consagrado en la Carta.

Ahora bien:

¿En este negocio no tuvo el recurrente esa asistencia de un profesional del derecho; o no se le dió la oportunidad de aducir pruebas o de presentar alegatos; o su interés procesal estuvo en contraposición con el de los otros dos sindicados y se infringió, así, el mandato del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal?

Las dos primeras cuestiones ofrecen, claramente, una respuesta negativa, si se atiende a los datos del informativo y, además, no se ha señalado tal cargo en la demanda. Y en cuanto al último interrogante, corresponde afirmar que no existió, entre los imputados en este negocio, contraposición alguna de intereses, pues no se hicieron cargos entre sí Pedro Gómez Bueno y Elías Bueno Chaparro (los dos que fueron oídos en declaración indagatoria), ni éstos los hicieron en contra del reo ausente, Marcos Bueno Chaparro. Aquéllos aseveraron su total inocencia y fue ésta la tesis que sustentó su defensor, doctor Jaime Rueda Uribe, y la que desarrolló el vocero de los mismos, doctor Rafael León Amaya, en la audiencia pública.

La afirmación del distinguido demandante, de que la unificación de la defensa de los tres enjuiciados bien pudo impedir que alguno de ellos hiciera cargos contra los otros dos, con lo cual se obstruía el campo de la labor defensiva, es algo que está, apenas, en el terreno hipotético y que, por é ello, no permite que se tome como demostración del cargo propuesto a través de la causal cuarta de casación.

No ha sido objeto de reparo alguno la labor acuciosa de la defensa, la que en este caso, con sujeción a los principios de la más estricta lealtad, se movió dentro del campo que los sindicatos presentes en el juicio señalaron al ser oídos: el de su completa inocencia. Pero no sobra transcribir lo que esta Sala dijo en providencia de 26 de julio de 1965 (Casación de Luis Carlos Celemin Ramírez): "Casar el fallo recurrido en casos como el estudiado, convertiría a la Corte en juez de los defensores, en suprema dispensadora de una especie de *exequatur* que dijese cuándo una defensa, por corta y sintética que sea, es buena o mala. La defensa existió y la calidad de ella es un aleas que todos los días tienen que afrontar los procesados".

Es del caso recordar que únicamente procede la nulidad constitucional por infracción del precepto contenido en el artículo 26 de la Carta, en cuanto al derecho de defensa allí consagrado, cuando de manera absoluta el enjuiciado no contó con asistencia jurídica, o se le negó la facultad de aducir pruebas o de alegar en su favor. A este respecto, también señaló esta Sala en sentencia de 2 de diciembre de 1965, lo siguiente:

"No sobra advertir, para finalizar estas consideraciones, que la Corte ha venido notando, no sin sorpresa, que ante la falta de verdaderas nulidades procesales (198 y 199 del C. de P. P.) se recurre a la ya famosa nulidad constitucional pretendiendo que reales o presuntas informalidades de menor gravedad que las erigidas por la ley como tales nulidades, lo son nada menos que de orden constitucional.

"La jurisprudencia, basándose en el texto del artículo 26 de la Carta, en cuanto ésta norma dice que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias del juicio, creó esa nulidad, por lo mismo llamada constitucional, pero no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se omite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un

presupuesto básico de la acción y el proceso penales, que no esté definido como causa de nulidad legal. Como por ejemplo, cuando la defensa se ha limitado a la posesión del apoderado, o cuando no se ha oído en indagatoria al sindicato presente en el sumario y en el juicio, o cuando falta la prueba del cuerpo del delito.

"Extremar esta tesis, nacida de la interpretación correcta de la Constitución, sería nada menos que convertir a ésta, que debe tutelar el interés del Estado de reprimir la delincuencia, en protectora irrazonada de la impunidad. El excesivo celo en favor de pretendidos derechos individuales, conlleva la traición de los intereses de la comunidad".

No prospera, pues, la causal cuarta de casación.

En cuanto al recurrente ELIAS BUENO CHAPARRO, para quien asimismo otorgó el Tribunal Superior de San Gil el recurso de casación (f.33 del Cd.2) y esta Sala lo declaró admisible (f.2 del Cd. de la Corte), atendido que no presentó demanda mediante abogado inscrito en la Corte, es el caso de declarar desierto dicho recurso y condenarlo en costas, de conformidad con lo que señalan los artículos 565 del C. de P. P. y 65 del Decreto 528 de 1964.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de que se ha hecho mérito. Igualmente declara desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado ELIAS BUENO CHAPARRO y lo condena en costas.—

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., *Secretario*

DELITOS DE HOMICIDIO, ELEVADOS A LA CATEGORIA DE ASESINATO Y HOMICIDIO FRUSTRADO.

Pruebas no procedentes en casación teniendo en cuenta el carácter y naturaleza de este recurso, ajeno al concepto de instancia.— En los juicios en que interviene el jurado, no es pertinente la causal del ordinal 1o. de art. 56 del Decreto 528 de 1964.— Cómo debe entenderse el veredicto cuando son varios los delitos o varios los sindicados.— Calidad de veredicto contradictorio.—

1.— *En los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal del ordinal 1o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 en su aspecto de violación de la ley, generada en apreciación errónea o falta de apreciación de pruebas, porque aquél dispone al respecto de una libertad que apenas está subordinada a su "convicción íntima" y porque, de otro lado, el examen probatorio que implica la invocación de ese motivo de impugnación por el particular que se comenta llevaría a declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuestión que, circunscrita a las instancias, no está erigida en causal de casación.*

2.— *Dentro de su concepción racional, es claro que como veredicto debe entenderse la específica respuesta del jurado en relación con un delito determinado y con la persona a quien en particular se atribuye, por lo que, según es de suyo comprensible, si son varios los delitos o varios los sindicados, aunque se trate de un sólo delito, serán también varios los veredictos.*

En esta suerte, para establecer si un veredicto es contradictorio, se hace necesario estudiarlo en sí mismo, de acuerdo con las proposiciones que contenga, las cuales, si se excluyen, proclaman aquella calidad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado PEDRO NEL VERA TRIANA contra la sentencia del 22 de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable de los

delitos de homicidio en Luis Mahecha, Guillermo Mahecha y Joaquín Rico y de homicidio frustrado en José Santos Nieto, a la pena de "VEINTICUATRO AÑOS DE PRESIDIO", imponiéndole, además, relegación de diez años en Colonia Agrícola Penal, así como las penas accesorias derivadas de la naturaleza de la sanción principal.

HECHOS Y ACTUACION:

La madrugada del 2 de mayo de 1959, varios sujetos, pretextando ser Agentes de la Policía y estar en una investigación penal, se presentaron a la casa de José Santos Nieto, ubicada en la fracción rural de "La Fría", jurisdicción del Municipio de Guaduas, apresaron al predicho individuo, lo trasladaron a la cercana residencia de Luis y Guillermo Mahecha, quienes allí mismo, junto con aquél y con Joaquín Rico, que como vecino, sospechando de algo, acudió a enterarse de lo que ocurriera, fueron amarrados de las manos, situación de indefensión en la que se les hizo fuego, causándole de ese modo la muerte a los Mahecha y a Rico y dejando gravemente herido a Nieto, que inexplicablemente se salvó.

El Juzgado 5o. Superior de esta ciudad, fundado en estos hechos, entendidos como integrantes de tres delitos de homicidio, elevados a la categoría de asesinato, y de un homicidio frustrado, también dentro de aquella modalidad, mediante proveído del 9 de marzo de 1960, llamó a juicio a los procesados PEDRO NEL VERA TRIANA y Gustavo Vera Triana, determinación que el Tribunal confirmó en sus autos del 1o. de

agosto y 17 de septiembre, ambos del mismo citado año.

El Jurado, interrogado en su oportunidad legal, respondió el cuestionario de Pedro Nel Vera, concebido, con subordinación estricta a los términos y alcances del referido enjuiciamiento, a través de una pregunta para cada uno de los cuatro delitos, de manera simplemente afirmativa, en tanto que contestó el de Gustavo Vera, también de cuatro preguntas, en forma negativa, veredictos que, acogidos, dieron lugar a que el Juzgado, en sentencia del 16 de noviembre de 1963, condenara al primero de los mencionados sujetos a la pena de "VEINTICUATRO AÑOS DE PRESIDIO", le impusiera diez años de relegación en Colonia Agrícola Penal y le aplicara las penas accesorias generadas en la naturaleza de la pena principal, absolviendo, en cambio, al segundo, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 22 de febrero del año pasado.

LA DEMANDA DE CASACION:

En la demanda el recurrente Pedro Nel Vera Triana, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ordinales 4o, 1o y 3o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Con apoyo en la causal del ordinal 4o. sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", tesis que ensaya demostrar mediante la aserción de que se menoscabó el derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que en la audiencia pública, no obstante el hecho de haber designado un vocero y estar presente el encargado de esa misión, el Juzgado, sin razón alguna, impidió el ejercicio de esa vocería, lo que de suyo se tradujo en desmedro del indicado derecho.

La causal del ordinal 1o. se aduce en su aspecto de violación indirecta de la ley penal, cuestión que se trata de demostrar mediante el examen de las pruebas que ofrece el proceso, las cuales se consideran erróneamente apreciadas, precisamente porque ellas, en condiciones exactamente iguales, en cuanto al procesado Gustavo Vera, determinaron la absolución, sobre la base de que acreditaban su inocencia, y con respecto al recurrente, su responsabilidad y, por lo mismo, la necesidad de condenarlo.

Al amparo de la causal del ordinal 3o. se

pretende que la sentencia acusada se dictó "sobre un veredicto contradictorio", lo que resulta del hecho de que el Jurado, no obstante que las pruebas eran idénticas y comunes para los dos procesados, "absolvió a uno y condenó al otro".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de un amplio y cuidadoso estudio de la demanda, realizado en consideración a las causales de impugnación que allí se invocan, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I.— En el Acta de la audiencia pública, la que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 151 del C. de P. Penal, "hace fé, mientras no sea tachada de falsedad", no aparece constancia alguna en torno a que el procesado Pedro Nel Vera hubiese designado vocero, hecho que en la demanda se destaca pretendiendo que aquello se establezca dando cabida, mediante un auto para "mejor proveer", a los testimonios del Secretario del Juzgado donde se celebró la vista y del propio Juez, auto y pruebas que, desde luego, no son procedentes, teniendo en cuenta el carácter y naturaleza del recurso de casación, ajenos al concepto de instancia, y sus fines, encaminados, no a conseguir la revocatoria del fallo acusado, sino su anulación a través de un juicio, de contenido eminentemente jurídico, contra ese fallo.

II.— En los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal del ordinal 1o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 en su aspecto de violación de la ley, generada en apreciación errónea o falta de apreciación de pruebas, porque aquél dispone al respecto de una libertad que apenas está subordinada a su "convicción íntima" y porque, de otro lado, el examen probatorio que implica la invocación de ese motivo de impugnación por el particular que se comenta llevaría a declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuestión que, circunscrita a las instancias, no está erigida en causal de casación.

III.— Dentro de su concepción racional, es claro que como veredicto debe entenderse la específica respuesta del Jurado en relación

con un delito determinado y con la persona a quien en particular se atribuye, por lo que, según es de suyo comprensible, si son varios los delitos o varios los sindicados, aunque se trate de un sólo delito, serán también varios los veredictos.

IV.— En esta suerte, para establecer si un veredicto es contradictorio, se hace necesario estudiarlo en sí mismo, de acuerdo con las proposiciones que contenga, las cuales, si se excluyen, proclaman aquella calidad.

V.— Los veredictos del Jurado, en cuanto al recurrente Pedro Nel Vera, se emitieron, respecto de cada uno de los cuatro delitos, mediante la frase "SI ES RESPONSABLE"; frase que, como es obvio, excluye cualquier tipo de contradicción en sus términos, precisamente porque solo contiene una proposición, simplista y lacónica.

VI.— De manera que, en suma, no puede prosperar ninguna de las tres causales de casación invocadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *DESECHA* el recurso de casación materia de estudio en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto Leon L., *Secretario.*



NO CABE DESIGNAR APODERADO DE OFICIO DEL PROCESADO DENTRO DEL RECURSO DE CASACION

La defensa del sindicado no solamente es derecho de éste, sino un presupuesto procesal dentro de la etapa del juzgamiento. Pero el defensor de oficio que se le designe, al tenor del art. 433 del Código de Procedimiento Penal, no puede sostener ante la Corte el recurso de casación, si no recibe poder especial de su asistido.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril diecinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal solicita que se declare nulo lo actuado dentro del trámite de este proceso, ante la Corte, a partir de la providencia que declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el defensor de oficio del sindicado GONZALO VIDES, en atención a que no se ordenó correrle traslado a aquél sino a éste, sin embargo de que Gonzalo Vides fue declarado reo ausente. Estima, asimismo, el señor Agente del Ministerio Público que no era del caso declarar desierto el recurso de casación de que se ha hecho referencia, por no haberse cumplido el traslado en la forma que anota.

Para resolver, se tiene:

1o.— Es cierto que el procesado Gonzalo Vides Cano fue declarado reo ausente y su defensa, de oficio, estuvo a cargo del doctor Luis J. Osorio, por designación que le hizo el Juzgado 3o. Superior del Socorro, mediante auto de 17 de mayo de 1963 (f. 791 v).

2o.— También es verdad que el doctor Luis J. Osorio interpuso el recurso de casación, con respecto al sindicado Gonzalo Vides Cano, el cual declaró admisible esta Sala.

3o.— Asimismo, corresponde a la realidad el hecho de que se dispuso correr traslado a Gonzalo Vides Cano y no a su defensor de oficio, a fin de que dentro del término legal

formulara, mediante abogado inscrito en la Corte, la correspondiente demanda de casación.

La notificación pertinente se hizo por estado (f. 12v. del cuaderno de la Corte), por cuanto aquel sindicado permanecía en su condición de reo ausente, pues su captura no había sido realizada (f. 11 del Cd. ib.).

Pues bien:

Los deberes del defensor de oficio, en el caso previsto en el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, se contraen a la etapa del juicio. Se dice, en efecto, que “cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación...”, la del auto de proceder... “se emplazará por edicto que permanecerá fijado durante veinte días en la Secretaría del Juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo, no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con éste seguirá el juicio hasta su terminación.

Así, pues, si bien estaba dentro de las facultades del defensor de oficio interponer el recurso de casación, como lo hizo el doctor Luis J. Osorio con respecto al procesado Gonzalo Vides Cano (y éllo porque se trataba de una actuación concerniente a la etapa del juicio), en cambio, sin que aquél sindicado le hubiese conferido poder especial, no contaba el doctor Osorio con personería alguna para actuar dentro del recurso extraordinario de casación, que no consiste en una tercera instancia, ni mucho menos puede tomarse como una prolongación del juicio penal.

Recuérdese que la etapa del juzgamiento se inicia una vez se encuentra ejecutoriado el auto de proceder (art. 439 del C. de P.P.) y

termina con el trámite de segunda instancia, cuando se tiene este segundo grado de jurisdicción.

A este respecto, dice el tratadista EUGENIO FLORIAN en sus "*Elementos de derecho procesal penal*" lo que pasa a transcribirse:

"Una vez terminada la fase instructora se pasa al juicio, momento del procedimiento en el que se resuelven todas las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso. Es ésta la fase más importante porque en ella tiene aplicación la llamada 'jurisdicción plena', por ejercitar el juez su potestad de condenar o absolver y de imponer medidas de seguridad con valor definitivo. Es la fase donde culmina el principio de confrontación (contradictorio); es la síntesis procesal, el epílogo, la resolución. El juicio no se agota en una sola vez, sino que se desarrolla por grados: se escinde en dos importantes momentos, el de la primera instancia (*prima cognizione*) y el de la impugnación (apelación, segunda instancia)".

Se explica, así, que dentro del recurso de casación no exista el instituto de la defensa de oficio en la forma que se establece en el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal para la etapa del juzgamiento, pues dicho recurso no es una prolongación del juicio sino un medio extraordinario para impugnar, no en todos los casos, la sentencia de segunda instancia proferida por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

La asistencia jurídica de un profesional de la abogacía no sólo es un derecho del procesado durante el juicio, sino que es un presupuesto necesario para su juzgamiento. Por ésto, a quien es declarado reo ausente se le designa un defensor de oficio y "con éste se seguirá el juicio hasta su terminación" (art. 433 del C. de P.P.). Y esta designación que cumple el juez se contrae a esta etapa del proceso penal, por mandato del precepto citado.

Igual cosa ocurre con el poder que confiere el sindicado a su representante judicial: si únicamente se refiere a las instancias, carece éste de personería para asistir a su mandante dentro del recurso extraordinario de casación.

Esta Sala, en auto de 3 de abril de 1948 (G.J. t. LXIV, p. 554), expresó lo siguiente:

"La representación que las partes confieren a los abogados para que asuman su defensa en los procesos criminales, está subordinada (para su ejecución) a varias condiciones: a la extensión del poder, a la instancia o grados del proceso, y a las normas reguladoras de la función; significa esto que el representante solo puede realizar, en cumplimiento del encargo, lo que el representado le determine, en la instancia que le fije, o en ambas si el poder abarca la defensa en todo el proceso, y especialmente, en los juzgados y tribunales en que el representante pueda —por estar allí inscrito— ejercer el mandato.

"Si para poder actuar en la segunda instancia se requiere la inscripción, aunque el poder se haya conferido en la primera, con mayor razón en la Corte, y especialmente si se trata de un recurso extraordinario como el de casación, que —según su naturaleza y objeto— es un juicio sobre la sentencia y no sobre los hechos, sin que valga la tesis de que el haber intervenido en las instancias es prueba de que posee la capacidad legal para representar en casación, porque —obtenida la matrícula— es la inscripción en la Corte y nó la intervención en el proceso, lo que dá la capacidad".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a lo pedido por el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal y DISPONE que se corra el traslado que se ordenó mediante auto de 15 de julio de 1965.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León., *Secretario.*

DERECHO DE DEFENSA.— NULIDAD CONSTITUCIONAL

La Corte no es el supremo árbitro de la calidad u oportunidad de la defensa.— Total inexistencia de defensa en el caso de autos.— Carencia de este presupuesto básico de la acción y el proceso penales.— Violación del art. 26 de la Carta Fundamental.

El conjunto procesal acusa una absoluta falta de defensa, es decir, que no se trata de evaluar si los esfuerzos defensivos fueron buenos o malos o simplemente aceptables, situación que la Corte ha rechazado enfáticamente porque no es ella el supremo árbitro de la calidad u oportunidad de la defensa y porque corresponde a los defensores adoptar la táctica que subjetivamente estimen apropiada, y al sindicado correr el álea de la buena o mala acogencia que haga de su patrono judicial.

Ni tampoco de estudiar si la falta de algún medio defensivo constituyó una violación absoluta de derechos constitucionales reconocidos a un sindicado, lo que sería desvertebrar el problema de conjunto.

Se presenta —es conveniente repetirlo— el caso de una total inexistencia de defensa, sin el más mínimo asomo de algún esfuerzo en pro de los intereses del acusado, cuyas prerrogativas son de interés social, pues el Estado mismo ha proclamado, en las voces de su organización constitucional, que no desampara a los acusados y que éstos deben ser juzgados con la plenitud de las formas propias del juicio.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Fernandez Botero)

VISTOS:

Condenó el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa a Isidro Espitia Martínez, el dos (2) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965), a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales en el caso del artículo 373 del Código Penal, estatuto que señala, para quienes incurrir en el caso por él tipificado,

una pena de seis meses a cinco años de prisión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, por fallo calendado el ocho (8) de octubre del mismo año, confirmó, en todas sus partes, el de primera instancia agregándole una leve e innecesaria reforma en relación con los perjuicios.

El señor Fiscal del Tribunal sentenciador recurrió en casación.

Corresponde a la Corte, ya tramitado el recurso en debida forma, decidir la suerte de la sentencia impugnada.

A ello se procede teniendo en cuenta:

I.— LOS HECHOS.

El martes catorce (14) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) se hallaba José Antonio Arias Martínez construyendo una cerca de alambre en predios tomados a una hermana de Isidro Espitia Martínez, colindante, cuando se presentó éste y cortó el hilo de alambre ya tendido, en dos partes. Esto ocurría en la mañana, pero por la tarde, habiendo acudido Arias Martínez ya sin la compañía de sus ayudantes, encontró a Isidro cortando de nuevo los alambres, por lo cual le llamó la atención, provocando la violenta reacción del aludido, quien, por medio de pedradas, hirió a Arias Martínez en la forma que hasta ahora determinan las probanzas: produciéndole una incapacidad de diez (10) días y “desfiguración facial de carácter transitorio por cicatriz del labio que borrará con el tiempo”.

II.— LA DEMANDA

Dice el señor Fiscal en su demanda:

“Respetuosamente manifiesto a la H. Sala de Casación Penal que alego la *Causal 4a. de Casación*, contemplada en el Art. 567 del C. de P.P., por cuanto la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de Nulidad Constitucional.

“PRIMER CARGO.—

“*Reo indefenso.*”

“Al notificársele el auto de proceder a Isidro Espitia Martínez, manifestó que nombraba como defensor al Dr. José María Córdoba Roldán; éste profesional tomó posesión del cargo, se le notificó el auto de proceder e igualmente se le notificó el auto que señalaba fecha para la audiencia.

“La audiencia se verificó (Fl. 44) sin la presencia del procesado, del Agente del Ministerio Público, ni del defensor; es decir, no hubo audiencia”.

“En todo el proceso no hubo ninguna actuación verbal ni escrita del señor defensor, razón por la cual he sostenido que el procesado estuvo indefenso”.

Y agrega más adelante:

“Se incurrió en Nulidad Constitucional cuando el defensor designado por José Isidro Espitia Martínez, Dr. Córdoba Roldán, no cumplió los deberes inherentes al cargo y el señor Juez a quo no lo obligó a desempeñarlo, violándose en esta forma los Arts. antes nombrados, quedando el procesado sin defensa, ya que, de autos aparece, (f. 44) que no hubo audiencia, por falta de las ritualidades legales, y la actuación procesal vino a cumplirse en toda su extensión y hasta el momento de ser proferido el fallo condenatorio (fs. 45 a 51) a espaldas del sindicato Espitia, ya que a éste no se le brindó oportunidad de hacerse oír en orden a sus descargos ni en el término probatorio de la Causa y menos aún en la mal llamada Audiencia Pública.

“Así, pues, se debe concluir que el procesado José Isidro Espitia Martínez no fué vencido en juicio, ni fué oído en el mismo, aunque nominalmente tenía defensor que no actuó, por cuyo motivo la violación de sus derechos de defensa

está de bulto o protuberante y es justo reconocer que se violó o infringió, con ocasión del juzgamiento que se le hizo, el Art. 26 de la Constitución Nacional, incurriéndose en Nulidad, pues se juzgó y condenó a Espitia Martínez sin la “plenitud de las formas propias del juicio”.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En uso de la facultad que le confiere el art. 3o del Decreto 1154 de 1954 el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de emitir opinión sobre la procedencia o improcedencia de la impugnación.

CONSIDERA LA CORTE

Al notificársele a Isidro Espitia Martínez el auto de proceder, designó como su defensor al doctor José María Córdoba R., quien se posesionó del cargo (fs. 41 vto y 42).

El defensor recibió notificación del mismo auto y no apeló de él. (fs. 42 vto).

Ejecutoriado éste, se abrió a prueba la causa por el término legal (fs. 42 vto), haciéndose, también, al defensor la notificación personal de la providencia que así lo disponía.

No solicitó el doctor Córdoba R., la práctica de ninguna prueba, por lo cual, vencido el término para pedir las, se citó para audiencia pública (fs. 43), según auto también notificado personalmente al susodicho defensor (fs. 43).

No asistió el apoderado a esta diligencia en cuyo desarrollo todo se limitó a la lectura del auto enjuiciatorio (fs. 44).

No se presentó ningún alegato.

Producido el fallo de primera instancia, el defensor no apeló de él. Y se pronunció la sentencia recurrida sin la menor intervención del patrono judicial de Espitia Martínez.

De donde se concluye que la defensa se limitó a posesionarse del cargo y a recibir la notificación de tres autos.

Por tanto es valedera la afirmación del señor Fiscal recurrente de que “En todo el proceso no hubo actuación verbal ni escrita del señor defensor” y la de que tuyo defensor nominal.

El Tribunal se negó a declarar la nulidad

constitucional, alegada por el colaborador, analizando únicamente el problema de la no concurrencia de las partes a la audiencia, circunstancia que, ciertamente, no acarrea la violación de los derechos del sindicado, pues tanto éste, como su defensor, pueden prescindir de comparecer a ella, prefiriendo, según su conveniencia, plantear la defensa en algún otro paso del juicio.

Pero olvidó que la defensa no fué oída jamás; ni solicitó pruebas, ni alegó verbalmente o por escrito, ni se hizo presente en la vista del negocio, ni interpuso ningún recurso.

O sea que el conjunto procesal acusa una absoluta falta de defensa, es decir, que no se trata de avaluar si los esfuerzos defensivos fueron buenos o malos o simplemente aceptables, situación que la Corte ha rechazado enfáticamente porque no es élla el supremo árbitro de la calidad u oportunidad de la defensa y porque corresponde a los defensores adoptar la táctica que subjetivamente estimen apropiada, y al sindicado correr el álea de la buena o mala escogencia que haga de su patrono judicial.

Ni tampoco de estudiar si la falta de algún medio defensivo constituyó una violación absoluta de derechos constitucionalmente reconocidos a un sindicado, lo que sería desvertebrar el problema de conjunto.

Se presenta —es convenienté repetirlo— el caso de una total inexistencia de defensa, sin el más mínimo asomo de algún esfuerzo en pro de los intereses del acusado, cuyas

prerrogativas son de interés social, pues el Estado mismo ha proclamado, en las voces de su organización constitucional, que no desampara a los acusados y que éstos deben ser juzgados con la plenitud de las formas propias del juicio.

Faltando, pues, en el proceso estudiado un presupuesto básico de la acción y el proceso penales por haberse omitido en absoluto la defensa —garantía fundamental de la persona sometida a juicio criminal— es obvio que se ha violado el artículo 26 de la Carta Fundamental y que se ha incurrido en una nulidad supralegal.

Prospera, por tanto, la causal invocada.

Por cuyo mérito, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad, de la ley, CASA la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito y ordena devolver el negocio al Juez competente, por conducto del Tribunal de origen, a fin de que se reponga el procedimiento a partir de la notificación del auto de enjuiciamiento. Entre líneas/ de la ley,/ VALE.—

Notifíquese y cópiese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., *Secretario.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.— EL SISTEMA DE LA CONVERTIBILIDAD DE PENAS.— INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 105, 45 Y 60 DEL CÓDIGO PENAL.— SANCION PARA EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.— APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 112 DEL MISMO ESTATUTO.

1.— El sistema de la convertibilidad de penas no conduce a la supuesta situación de privilegio de que habla el Procurador, como quiera que estimado en sí mismo, se funda en una relación de igualdad según la cual "tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio". Equivalencia que a su vez obedece a la mayor gravedad de las penas substitutivas.

Desde este punto de vista la de presidio, por ejemplo, es socialmente una pena infamante y comporta accesorias que la de prisión no conlleva, excluye el beneficio de la libertad condicional y se cumple bajo un típico régimen carcelario de más dura disciplina que la inherente al cumplimiento de otras penas.

A la conversión, pues, no se le puede dar jurídicamente el significado que le asigna en este caso el Ministerio Público, tanto más cuanto los límites que le fija el Legislador a la duración de las penas es cuestión de orden público como se dice en el fallo glosado por el Procurador.

La conversión no es más que un fenómeno consecencial ineludible que se presenta cuando al determinar la sanción imponible en los casos en que la ley demanda hacerlo, de esa determinación resulta que la aplicable sobrepasa esos límites.

2.— El Ministerio Público afirma que no es posible armonizar el artículo 105 con el 45 del Código Penal, porque aquél no remite a éste sino a la respectiva disposición penal que con el delito se reputa infringida.

La Sala, empero, considera que aquella norma no excluye la aplicación de ésta, sino que implícitamente la presupone como disposición posterior que es y porque no podría aducirse ningún argumento valedero con el cual pudiera sostenerse que cuando el máximo de la sanción fijado en la respectiva disposición penal sobrepasa el límite que al respecto señala imperativamente el artículo 45, le es lícito al juez excederlo, creando así una penalidad que la ley no reconoce sino que excluye de su sistema.

Además, las disposiciones de la parte general y las de la parte especial del Código Penal constituyen un solo todo y deben, por consiguiente, aplicarse armonizándolas y no desvertebrándolas, tanto más cuanto las generales delimitan el ámbito de las especiales y prevalecen por tal razón sobre éstas como normativas de las mismas, máxime si entre unas

y otras se presentan discrepancias que no es posible salvar sino acudiendo a aquéllas, dentro de los principios que la Corte destaca.

Tampoco resulta por este concepto aceptable el razonamiento del Ministerio Público.

3.— Dice el Procurador que el Legislador subordinó la aplicación del artículo 60 al cumplimiento de una condición sine qua non: el decreto de condena o sentencia en firme.

Tal subordinación no aparece de ese texto. Su contenido está ligado a lo preceptuado en el artículo 45, y su aplicación procede en las hipótesis que él contempla, a saber:

a).— Cuando sea necesario sustituir una pena privativa de la libertad por otra de la misma especie, y,

b).— Cuando también resulte ello necesario al hacer cálculos o determinar proporciones.

Ahora bien, aunque estrictamente la imposición de las sanciones requiere una sentencia, lo previsto en el artículo 60 tiene un radio de aplicación más amplio.

En ocasiones la extinción de la pena imponible procede en un acto procesal distinto, tal ocurre, por ejemplo, en la concesión de la libertad mediante caución por pena cumplida. Para otorgarla menester es partir del presupuesto de una condena que no se sabe si en definitiva habrá de producirse. En todo caso, es necesario individualizar la sanción a que pueda ser acreedor el inculcado, y si ésta sobrepasa los límites de duración señalados en el artículo 45, convertirla conforme al 60, para decidir lo pertinente.

Lo mismo sucede sobre la base de otros presupuestos, cuando se trata de establecer si una acción penal está o no prescrita. Para ello precisa reparar en el máximo de la sanción imponible, pues se trata de hacer cálculos conforme a la segunda hipótesis prevista en el artículo 60.

4.— El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal sostiene, pero con fundamentos que es improcedente la conversión, que en este caso la acción represiva no está prescrita por no haber transcurrido el término indispensable para ello.

Ya se vió cómo la Corte no comparte las apreciaciones del Ministerio Público en lo relativo a que esa conversión no es conducente. De allí que al hacer los cálculos relacionados con el enervamiento de aquella acción, se

fundara en lo que preceptúan los artículos 43 y 60 del Código Penal por sobrepasar la sanción imponible de acuerdo con los textos que al respecto se citaron, el límite máximo que le señala el primero a la pena de prisión.

Además, el Ministerio Público, al calcular sobre un presupuesto diferente aquella sanción, estima, conforme al planteamiento hecho en la sentencia recurrida, que gravita sobre los procesados la circunstancia de agravación prevista en el artículo 413 del Código Penal, no obstante que el Tribunal sólo le dedujo ésta a uno de aquéllos.

Atrás, empero, quedó expresado cómo no es posible aumentar por dicho concepto esa pena, siendo de advertir también que es errónea la referencia que el artículo 414 hace del anterior, pues en realidad esa disposición alude al 412, que es la norma básica que determina la sanción para el abuso de confianza y con la que lógicamente hay que relacionar las que señalan su incremento, esto es, los artículos 413 y 414.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Este negocio pasó al conocimiento de la Corte en virtud del recurso de Casación interpuesto contra la sentencia de 19 de diciembre de 1962 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se revoca la absolutoria que había sido ante dicha Corporación apelada y, en su lugar, se condena a HUGO, a VICENTE y a GUIDO LACORAZZA STELLA, a las penas que en élla se señalan como coautores de un delito continuado de abuso de confianza que se reputa agravado por su cuantía superior a diez mil pesos y, en cuanto al primero de los inculcados, por haber abusado de las funciones de mandatario que le habían sido encomendadas por la señora Zenaide Mareggini de Giunzioni en cuyos bienes se estima perpetrado ese ilícito.

El proceso se adelantó conforme al procedimiento especial que señalaba el Decreto 0014 de 1955, en el que no había lugar a auto de proceder ni a ninguno otro calificadorio del mérito de la investigación.

Se originó ésta en la denuncia formulada en Bogotá el 13 de mayo de 1958 por Teófilo Giunzioni quien como apoderado de Zenaide Mareggini de Giunzioni, acusó a Hugo Lacorazza Stella de haberse extralimitado en

el ejercicio del mandato que le confirió dicha señora por escritura otorgada en Reggio Emilia (Italia) el 21 de noviembre de 1950 y que fué protocolizada en la Notaría Cuarta de este Circuito por la No 1375 de 28 de marzo siguiente, y haber, en tales circunstancias, cometido el delito de abuso de confianza al vender la totalidad de las acciones de su mandante en las Compañías denominadas "Stella Limitada", "Stella Hnos. y Cía. Limitada" y "Stella & Stella Limitada", y al abstenerse de entregar a su comitente el precio recibido en pago de la transferencia de las mismas.

Esas ventas fueron hechas por Hugo Lacorazza Stella a sus hermanos Vicente y Guido por medio de las Escrituras Nos. 3511 3522 y 3523, a 21 de agosto de 1957, la primera, y de 22 del mismo mes las restantes, por las sumas de \$275.000.00, de \$18.500.00 y de \$7.000.00; respectivamente, Escrituras que fueron otorgadas en la Notaría 7a de este Circuito.

De modo que según lo expuesto, el delito atribuible a los inculcados es el continuado de abuso de confianza, cuyo último acto de ejecución se perpetró el 22 de agosto de 1957, delito agravado por su cuantía, no así por la circunstancia prevista en el artículo 413 del Código Penal, como quiera que ese delito se tipifica por "la apropiación indebida de una cosa mueble ajena por quien es tenedor fiduciario o jurídico de élla", carácter éste que asume el simple mandatario a quien confía el comitente la administración de sus bienes y que como elemento integrante del delito, no es posible tomar al mismo tiempo (non bis in idem) como circunstancia agravante de la penalidad, y porque el artículo 413 se contrae al abuso de las funciones de los cargos a que él alude, entre los cuales se encuentra el de mandatario, "confiadas por autoridad pública".

Lo que en otra ocasión dijo la Corte al fijar el alcance de ese texto, cabe, mutatis mutandis, repetirlo ahora:

"Un simple depositario puede cometer el delito de abuso de confianza contemplado en el artículo 412 del Código Penal. Pero si el depósito fue confiado por autoridad pública, el delito se agrava, pues existe un mayor motivo para el cumplimiento de las funciones propias del depositario, ya que se ha puesto en él una confianza que pudiera decirse pública. No fue un particular, en

tal caso, quien señaló al depositario como hombre digno de tener fiduciariamente una cosa, sino el poder social”.

De manera que según esto el delito que se atribuye a Hugo, a Vicente y a Guido Lacorazza Stella, sería sancionable con una pena principal máxima de tres años de prisión (artículo 412 del C. Penal), a los que habría que agregar otros tres por ser superior a diez mil pesos la cuantía de esa supuesta infracción (artículo 414), y tres más por la continuidad de la misma (artículo 32 ibidem). La pena total imponible sería, pues, de nueve años de prisión para cada uno de ellos.

Pero como la duración de esta pena no puede sobrepasar los límites de seis meses a ocho años que señala en cuanto a ella el artículo 45 de dicho Código, precisa en conformidad con el 60, convertir en presidio esos nueve años de prisión, teniendo de presente que tres días de esta pena equivalen según el mismo artículo, a dos de aquélla. Resultaría entonces, hecha la conversión, que la pena imponible sería de seis años de presidio.

La acción penal prescribiría por tanto en un tiempo igual, de acuerdo con lo que prevé al respecto el artículo 105 del mismo ordenamiento.

Tal lapso, a partir del 22 de agosto de 1957, día en que se reputa perpetrado el último acto de ejecución del delito imputable, venció el 22 de agosto de 1963, sin que entre tanto, dado el procedimiento especial seguido, se hubiera interrumpido (artículo 107 ibidem) la prescripción de aquella acción que envió en esa fecha. Además, desde la primeramente citada a la en que se profiere esta providencia, han corrido más de ocho años.

Por consiguiente, cuando se profirió el auto de 23 de octubre de 1965, se había cumplido ese fenómeno jurídico.

Empero, a raíz de ese proveído, en el que se ordenó remitir el negocio al Ministerio Público para que conceptuara si estaba o no prescrita dicha acción, el señor apoderado de los sindicados se opuso a éllo en los siguientes términos:

“No creo estar equivocado, al sostener, como sostengo, que la etapa para dar aplicación a lo que dispone el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, previo dictamen favorable del Ministerio Público, ya pasó.

Tal tramitación es propia de las instancias, muy especialmente de la primera, pero no cuando el curso del proceso está terminado, cuando se ha oído a las partes y sólo se espera el fallo de casación. En este estado pueden presentarse algunos incidentes, como el de recusación por ejemplo, pero no puede retrotraerse el proceso a una etapa ya fenecida y ejecutoriada”.

“Cuando ha mediado auto de proceder o de sobreseimiento, y todavía más, cuando se ha pronunciado sentencia definitiva en segunda instancia, como sucede en el presente caso, la aplicación del artículo 153, está fuera de lugar.

“Es tan cierto lo anterior, que el segundo inciso de dicha disposición expresa que en tal caso la sentencia que se pronuncie “debe ser consultada”, lo que sólo ocurre en las instancias. Tal consulta en el presente caso, no tiene Superior que pueda conocer de ella.

“Y todavía más: tal disposición está incrustada en el “Título de Actuación Procesal”, que es propia de las instancias y que es completamente extraña al recurso de casación.

“Los tres primeros casos que contempla el mencionado artículo 153, o sea cuando el hecho imputado no ha existido, o el procesado no lo ha cometido, o la ley penal no lo considera como infracción penal, constituyen en el actual estado del proceso, causales de casación, alegadas y sostenidas y sobre ellas tiene que pronunciarse forzosamente la Corte.

“Y en cuanto que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, constituye una cuestión de nulidad, propia de otra causal de casación que no se ha alegado por no ser del caso.

“Y si equivocadamente se interpretara que la expresión “no puede proseguirse”, equivale a la prescripción que ahora se anuncia, no es con base en esa disposición que la Corte puede decretarla, sino de un modo directo, con base en el artículo 112 del Código Penal, que es de carácter general y que sí puede prosperar aún dentro del recurso de casación...”.

Sin embargo, tan distinguido abogado, al glosar el concepto emitido por el Ministerio

Público, acepta, sin renunciar a ella, que la prescripción de la acción en este caso se ha cumplido y que puede la Corte declararla en el momento procesal actual:

“Cuando me permití observar —dice— que tal vez no era el caso de aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, o sea que la Corte tenía autoridad propia o independiente, sin limitación alguna, para declarar oficiosamente una prescripción con base en el artículo 112 del Código Penal, sin necesidad de oír el concepto fiscal, no anduve equivocado, pues en el muy reciente fallo del 3 de marzo del presente año... , o sea en la casación de Cristo Forero, se expresó así esa H. Corte:

“La Corte Suprema de Justicia dispone de la facultad de decidir por medio del correspondiente proveído, si está o no prescrita la acción penal ejercida con ocasión del presente proceso”.

“Con alguna amplitud podría estudiarse la causal cuarta si no fuese porque estando de presente la prescripción de la acción penal, obliga a la Corte declararla de oficio (artículo 112 del Código Penal) y cesando todo procedimiento, mal podría ejercer una jurisdicción que pierde, para avocar el estudio del fallo impugnado”.

“De suerte que, con intervención favorable o desfavorable del Procurador, sobre la prescripción, la Corte tiene facultad propia, directa para declararla, tratándose de una cuestión de orden público, cuya decisión nadie puede arrebatarle, ni limitarle, como ella misma lo acaba de decidir, porque así lo prescribe en forma perentoria el artículo 112 del Código Penal”.

Agrega luego que no obstante lo anterior, que estima de una claridad meridiana, solicita que la demanda de casación se estudie y resuelva a fondo, petición que no se compadece con lo expresado por la Corte de que estando obligada a declarar la prescripción de la acción penal y la cesación de todo procedimiento, “mal podría ejercer una jurisdicción que pierde, para avocar el estudio del fallo impugnado”.

Además, la Corte con anterioridad al fallo citado viene sosteniendo lo mismo, o sea, que entre el artículo 112 del Código Penal y el

153 del Código de Procedimiento Penal no existe incompatibilidad: el primero se limita a ordenarle al juez el cumplimiento de un deber; el segundo le indica el procedimiento que debe seguir. Que en vista del primero, el juez puede determinarse a ordenar la cesación del procedimiento por propia iniciativa. Que antes de resolver,— para ilustrar mejor su criterio, debe oír la voz del Ministerio Público, y añade:

“En todos los casos en que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse, por impedirlo una norma especial y sustantiva, el juez está obligado a declarar la cesación del procedimiento, precisamente porque éste no puede seguir en virtud de haberse extinguido o por no haber existido jamás la acción penal. Si en tales circunstancias el concepto del Ministerio Público fuere desfavorable, el juez está obligado a dar preferente aplicación a las normas sustantivas y especiales contenidas en el Código Penal y puede, por consiguiente, separarse del concepto del Ministerio Público, ya que en caso de incompatibilidad prevalecen las normas del Código Penal sobre las de Procedimiento Penal”.

Conviene además, citando la misma doctrina, transcribir lo siguiente que incide sobre algunas de las observaciones hechas inicialmente por el señor apoderado de los procesados:

“La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse —dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— “en cualquier estado del proceso”. Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se comprueba plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, “o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse”, el juez debe dictar sentencia en que así lo declare. “El Juez” de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda, y del mismo carácter participa la Corte de Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el

Juez a—quo, o el Juez ad—quem, o la Corte como Tribunal de casación.

“Es cierto que la sentencia de que se viene hablando “debe ser consultada”, pero ello no quiere decir que cuando no pueda hacerlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre casación del procedimiento en los negocios de que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar esa decisión. Cuando la ley dice que la sentencia “debe ser consultada”, presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtir ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento “en cualquier estado del proceso” en que las causas para decretarla se presenten”.

También el señor apoderado de la parte civil se opuso en tal ocasión a que pudiera la Corte declarar prescrita la acción penal en referencia. Al respecto hizo las siguientes observaciones:

“1a).— La acción penal no está prescrita, porque al tenor del artículo 107 del Código Penal, el fenómeno de la prescripción se interrumpe por el auto de proceder.

“En este negocio no existe auto de proceder sino algo más trascendental que es la sentencia dictada por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condena a los sindicados. Si el auto de proceder interrumpe la prescripción, con mayor razón la sentencia que es la parte más importante del proceso, debe interrumpir la prescripción de la acción penal.

“2a).— Tampoco se ha operado en el presente negocio el fenómeno de la prescripción de la pena. Art. 108 del C. P.”, haciendo luego algunos cálculos sobre la pena imponible para concluir que no se ha cumplido la prescripción de ella. Reitera que tampoco ha enervado la acción penal, que su prescripción está interrumpida por la sentencia del Tribunal de Bogotá; cita algunos apartes de una sentencia de la Corte referentes a la forma en que puede por el auto de proceder interrumpirse esa prescripción y cómo se debe computar el lapso necesario

para que éllo ocurra. Finalmente expresa:

“Estas mismas razones son operantes para la prescripción de la pena. Como la sentencia fue recurrida en casación, la providencia no se halla ejecutoriada, por consiguiente, la prescripción de la pena sólo puede contarse a partir de la ejecutoria de la providencia que dicte la H. Corte Suprema de Justicia, con motivo del recurso de casación”.

No comparte la Sala tales observaciones, como quiera que dado el procedimiento especial seguido, carecen de fundamento las que se hacen en relación con la interrupción de la prescripción de la acción penal, ya que éllo implicaría la existencia de un auto de proceder ejecutoriado, y porque las relativas a la prescripción de la pena presuponen también una sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada. No es posible tampoco asimilar ésta a aquel auto.

Con razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa sobre el particular, lo siguiente:

“Entre una y otra de las razones que como principales aduce el señor apoderado de la parte civil, en su propósito de demostrar que no está prescrita la acción penal ni tampoco la pena, es evidenciable la contradicción o antinomia, pues riñe abiertamente con la lógica jurídica y con los principios que informan el procedimiento penal vigente, alegar, en primer término, que la acción penal no está prescrita porque se ha dictado sentencia condenatoria de los procesados, y sostener a renglón seguido que la pena tampoco está extinguida porque esa misma sentencia condenatoria no se halla en firme.

“De la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de diciembre de 1962 no se puede a un mismo tiempo sostener que está y que no está ejecutoriada; que es sentencia ejecutoriada; para el efecto de considerar interrumpida la prescripción de la acción, y que no está en firme, para el efecto de considerar que el término de la prescripción de la pena no puede contarse sino a partir de la fecha en que la Corte desate el recurso de casación interpuesto contra la misma sentencia.

“Consecuencia necesaria de las precedentes observaciones es que si, en

entender del distinguido apoderado doctor Sarasty, la sentencia de que tanto se ha hablado no ha causado ejecutoria, ninguna causa de las que interrumpen la prescripción de la acción se ha presentado en este proceso, porque en el mismo no fue dictado auto de proceder que quedara ejecutoriado y tampoco se tiene una sentencia que pueda considerarse definitiva.

“Por lo mismo, el término de la prescripción de la acción es preciso contarle a partir del día en que se verificó el último acto delictuoso, y el término de la prescripción de la pena, se contabilizaría, en caso de que quede ejecutoriada la sentencia condenatoria impugnada en casación, a partir del día de tal ejecutoria”.

Pero es evidente que de esto último no se trata y que en cuanto a lo primero, la Corte está procediendo en conformidad con lo que al respecto expresa el Ministerio Público.

Se aparta, empero, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal de la doctrina de la Corte acerca de la conversión de penas cuando para computar el término de la prescripción de la acción penal, la imponible excede los límites que señala el artículo 45 del ordenamiento punitivo.

Esa doctrina, complementaria de las anteriores sobre la materia, fue sustentada en sentencia de 29 de julio último y ha venido aplicándose desde entonces. Las razones en que élla se funda fueron expuestas así en dicho fallo:

“PRIMERA: El principio de la favorabilidad, consagrado en la Constitución (artículo 26) y repetido en otros preceptos (artículo 3o. del C. P., 5o. del C. de P. P. y 44 de la ley 153 de 1887), es un mandato de la más alta categoría que implica, en materia criminal, la obligación de aplicar, en caso de descubrirse una contradicción entre dos normas, así pertenezcan a un mismo cuerpo de ordenaciones de igual categoría, la más favorable al sujeto pasivo de la acción penal.

“Y es que el fallador, al encontrarse entre dos voluntades de soberanía para sancionar, debe desatar la contradicción para que el conjunto no la presente, y mal podría adoptar por escoger la más severa, así seduzca su adusto criterio, si

el Estado, en el balance de sus dos determinaciones, al fin y al cabo se contenta con una que limita más su facultad de castigar.

“El principio de la favorabilidad es aún más que un precepto contenido en las Constituciones: tal vez sea lo que la ciencia del derecho puro considera un supuesto, emanado de las propias características del sujeto pasible de la acción penal frente al Estado.

“Ni se alegue en su contra una vieja jurisprudencia de la Corte según la cual “el principio de la favorabilidad no permite comparar dos artículos del mismo Código para atenerse al que asigne pena más suave sino que se refiere a la comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y una ley posterior a él, a fin de que se prefiera, entre las dos, la que resulte más benigna”, porque si la comparación entre la ley vigente al tiempo de realizarse el ilícito se hace con la posterior a él para aplicar la que sea más favorable al sujeto pasivo de la acción penal, en esencia el fallador está escogiendo entre dos voluntades del Estado para un solo hecho y para el mismo inculcado aquella en que el creador del derecho punitivo limita más, en favor de la persona humana, su tremenda capacidad de castigar el delito, que es igual a lo que hace cuando compara dos disposiciones contradictorias del mismo cuerpo legislativo para aplicar la más favorable al individualizar y concretar el derecho al caso subjudice.

“SEGUNDA: Aunque colocadas en el mismo Código y expedidas por el mismo órgano del Poder Público y en la misma forma, las disposiciones del estatuto punitivo tienen diferencias apreciables.

“Cabe destacar, en primer término, que el Código Penal se divide en dos partes: una llamada general y otra intitulada parte especial. División que no obedece a un simple prurito metodológico del legislador sino que emana de más profundas razones: porque la parte general está destinada a sentar las bases o principios, resumen de una filosofía penal, que han de servir como de guía en la parte especial. Son reglas o principios, en su mayoría

abstractos, destinados a propiciar el correcto entendimiento de la parte especial y su correcta aplicación, ora sea en cuanto a las infracciones, ora se refiera a los sujetos pasivos del delito, ya a la responsabilidad o los grados de la penalidad, bien a las sanciones y su definición y límites, bien a las consecuencias de éstas o la extinción de la acción y la condena penales.

“En ese sentido puede asegurarse que las de esa parte son disposiciones de las que en un lenguaje tal vez no muy ajustado a nuestra terminología legal, pero sí muy expresivo, se han dado en llamar normativas.

“Pertencen, pues, a una categoría superior, por lo cual resulta inválido el argumento de que por llamarse generales deben ceder el campo a las de la parte especial cuando haya incompatibilidad entre una de aquéllas y una de éstas, pues la regla al respecto del artículo 5o. de la ley 57 de 1887, se refiere a disposiciones de idéntica categoría no sólo en cuanto a su forma sino en cuanto a su materia.

“Por la misma razón, tampoco es válido el principio de la posterioridad a que se opone la superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general. Superioridad que, además de las razones expuestas, está respaldada en el texto del artículo 10 del Código Penal.

“TERCERA: Si el máximo de las penas aplicables fuese el de la disposición específica aunque sobrepase el del artículo 45, esta disposición carecería en absoluto de objeto: bastaría con que el legislador no la hubiera dictado, y con atenernos a la parte especial del Código de las Penas se habría llenado el cometido de castigar los delitos conforme a esa parte especial y el de fijar también los tiempos necesarios para la prescripción.

“Lo que pugna con el principio de que el contexto de una ley, en este caso el Código Penal, debe servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Y no es armonizar los textos, propiciar una interpretación que haga inocuo e inoperante, vale decir prácticamente

inexistente, uno de ellos.

“De idéntica manera, el artículo 60 del mencionado Código debe tener algún sentido.— Si se aplicase, con prescindencia suya, el principio de la favorabilidad, nunca habría lugar a la conversión. Y resultaría una contradicción sostener, como se ha sostenido, la preferente aplicación de las normas de la parte general y luego desechar dicha disposición.

“No es inválida, de otro lado, la objeción del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando demuestra, con un claro ejemplo, que algunas conductas agravadas, al menos, quedarían con el mismo máximo de sanción que el delito in-generis, desemboque absurdo que no es posible propiciar.

“Lo cual lleva a la Corte a concluir, armonizando los fundamentos esenciales de este fallo, que en el caso de que los máximos contemplados en la respectiva disposición penal sean superiores a los fijados por el artículo 45 del Código de las Penas, debe convertirse ese máximo de acuerdo con el artículo 60. Se salvan así el principio de la favorabilidad, la aplicación preferente de las disposiciones normativas y la subsistencia y realidad de éstas, incluido el artículo 60.”

El Ministerio Público glosa esa sentencia y trata de rebatir tales razones para sustentar la tesis de que en tal evento esa conversión es improcedente.

Asevera como primer motivo de disentimiento que la renuncia por parte del Estado del ejercicio de su facultad punitiva en el caso de la prescripción de la acción penal, “no puede tener lugar en el mismo término con respecto a la acción ejercida con motivo de un delito cometido en circunstancias agravantes y con relación a otro proceso que verse sobre un delito del mismo género pero sin que en este último concurren esas circunstancias.— Sostener lo contrario necesariamente llevaría a colocar en una situación de privilegio al agente del delito calificado”, contra los principios de la igualdad de todos los delincuentes ante la ley penal y de la defensa social contra el delito.

Cabe observar en primer lugar que la anterior apreciación se funda en una relación de contraste entre acciones que se ejercitan en

distintos procesos por delitos que si bien pertenecen al mismo género, difieren en sus modalidades específicas, lo que lógicamente desplaza la cuestión que se debate a un plano que no le corresponde.

Mediante tal comparación, además, lo que se tacha es el sistema de la convertibilidad que constituye una institución jurídica cuya justicia o conveniencia no le compete evaluar al juez sino al legislador. La función del primero se reduce a hacerla efectiva en los casos de ley.

Por otra parte, ese sistema no conduce a la supuesta situación de privilegio de que habla el Procurador, como quiera que estimado en sí mismo, se funda en una relación de igualdad según la cual "tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio". Equivalencia que a su vez obedece a la mayor gravedad de las penas sustitutivas.

Desde este punto de vista la de presidio, por ejemplo, es socialmente una pena infamante y comporta accesorias que la de prisión no conlleva, excluye el beneficio de la libertad condicional y se cumple bajo un típico régimen carcelario de más dura disciplina que la inherente al cumplimiento de otras penas.

A la conversión, pues, no se le puede dar jurídicamente el significado que le asigna en este caso el Ministerio Público, tanto más cuanto los límites que le fija el legislador a la duración de las penas es cuestión de orden público como se dice en el fallo glosado por el Procurador.

La conversión no es más que un fenómeno consecuenencial ineludible que se presenta cuando al determinar la sanción imponible en los casos en que la ley demanda hacerlo, de esa determinación resulta que la aplicable sobrepasa esos límites.

Pero es que como segunda razón de disenso el Ministerio Público afirma que no es posible armonizar el artículo 105 con el 45 del Código Penal, porque aquél no remite a éste sino a la respectiva disposición penal que con el delito se reputa infringida.

La Sala, empero, considera que aquella norma no excluye la aplicación de ésta, sino que implícitamente la presupone como disposición posterior que es y porque no podría aducirse ningún argumento valedero con el cual pudiera sostenerse que cuando el máximo de la sanción fijada en la respectiva

disposición penal sobrepasa el límite que al respecto señala imperativamente el artículo 45, le es lícito al juez excederlo, creando así una penalidad que la ley no reconoce sino que excluye de su sistema.

Además, las disposiciones de la parte general y las de la parte especial del Código Penal constituyen un solo todo y deben, por consiguiente, aplicarse armonizándolas y no desvertebrándolas, tanto más cuanto las generales delimitan el ámbito de las especiales y prevalecen por tal razón sobre éstas como normativas de las mismas, máxime si entre unas y otras se presentan discrepancias que no es posible salvar sino acudiendo a aquéllas, dentro de los principios que la Corte destaca.

Tampoco resulta por este concepto aceptable el razonamiento del Ministerio Público.

Todavía éste expresa que el legislador subordinó la aplicación del artículo 60 al cumplimiento de una condición *sine qua non*: el decreto de condena o sentencia en firme.

Tal subordinación no aparece de ese texto. Su contenido está ligado a lo preceptuado en el artículo 45, y su aplicación procede en las hipótesis que él contempla, a saber:

a). Cuando sea necesario sustituir una pena privativa de la libertad por otra de la misma especie, y,

b). Cuando también resulte ésto necesario al hacer cálculos o determinar proporciones.

Ahora bien, aunque estrictamente la imposición de las sanciones requiere una sentencia, lo previsto en el artículo 60 tiene un radio de aplicación más amplio.

En ocasiones la determinación de la pena imponible procede hacerla en un acto procesal distinto, tal ocurre, por ejemplo, en la concesión de la libertad mediante caución por pena cumplida. Para otorgarla menester es partir del presupuesto de una condena que no se sabe si en definitiva habrá de producirse. En todo caso, es necesario individualizar la sanción a que pueda ser acreedor el inculpado, y si ésta sobrepasa los límites de duración señalados en el artículo 45, convertirla conforme al 60, para decidir lo pertinente.

Lo mismo sucede, sobre la base de otros presupuestos, cuando se trata de establecer si una acción penal está o no prescrita. Para ello precisa reparar en el máximo de la sanción imponible, pues se trata de hacer cálculos conforme a la segunda hipótesis prevista en el artículo 60.

Por otra parte, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal sostiene, pero con fundamento en que es improcedente la conversión, que en este caso la acción represiva no está prescrita por no haber transcurrido el término indispensable para ello.

Ya se vió cómo la Corte no comparte las apreciaciones del Ministerio Público en lo relativo a que esa conversión no es conducente. De allí que al hacer los cómputos relacionados con el enervamiento de aquella acción, se fundara en lo que preceptúan los artículos 45 y 60 del Código Penal por sobrepasar la sanción imponible de acuerdo con los textos que al respecto se citaron, el límite máximo que le señala el primero a la pena de prisión.

Además, el Ministerio Público, al calcular sobre un presupuesto diferente aquella sanción, estima, conforme al planteamiento hecho en la sentencia recurrida, que gravita sobre los procesados la circunstancia de agravación prevista en el artículo 413 del Código Penal, no obstante que el Tribunal sólo le dedujo ésta a uno de aquéllos.

Atrás, empero, quedó expresado cómo no es posible aumentar por dicho concepto esa pena, siendo de advertir también que es errónea la referencia que el artículo 414 hace del anterior, pues en realidad esa disposición

alude al 412, que es la norma básica que determina la sanción para el abuso de confianza y con la que lógicamente hay que relacionar las que señalan su incremento, esto es, los artículos 413 y 414.

Consecuencialmente, tampoco es aceptable lo que en relación con tales cómputos manifiesta el Ministerio Público, cuyo concepto adverso a la aplicación del artículo 153 en este caso, no inhibe a la Sala, según lo que ya igualmente se observó, para aplicar el 112 del Código Penal, satisfechas como están las exigencias legales que se requieren para ello.

Por lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA PRESCRITA la acción penal a que se contrae este negocio y ORDENA que cese todo procedimiento contra los sindicatos en razón del hecho que dió origen a él.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente y publíquese este fallo en la Gaceta Judicial.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, con salvamento de voto; Julio Roncallo Acosta. Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., *Secretario*



En la sentencia de fecha 3 de marzo de este año, en el proceso adelantado contra Cristo Forero Sandoval, por el delito de abuso de confianza, en el cual se declaró probada la excepción de prescripción, me permití apuntar los siguientes motivos como fundamento de mi disenso respecto de tal providencia:

“1o. Es algo realmente trivial que la casación no es una tercera instancia, así como tampoco el recurso respectivo puede reputarse como una apelación, con el fin de considerar que la sentencia de segunda instancia se halla sin ejecutoriarse; porque, realmente, dentro de la lógica, si no se trata de una apelación, el fallo objeto del recurso de casación causa ejecutoria; y por esto, si procede alguna causal, el fallo recurrido se anula o casa, pero jamás se *revoca*; y si ocurre lo contrario, se desecha el recurso o demanda de casación, mas no se *confirma* la sentencia recurrida, pues, se repite, no se trata de una tercera instancia.

“2o. Agotados los recursos de instancia, si el de casación es admisible, la Corte solamente adquiere competencia para decidir la respectiva demanda, aún más, solamente puede estudiar y resolver las causales expresamente propuestas y en relación con las disposiciones o artículos de la ley que el demandante indique, sin que le sea lícito fundarse en otras causales no alegadas y en normas distintas a las indicadas por el recurrente. Por tanto, tampoco puede avocar el conocimiento de una excepción, como la de prescripción, que no ha sido objeto del recurso de casación.

“3o. Según se ha dicho, con la sentencia de segunda instancia se agota o termina el juicio, proceso o causa, según la denominación que quiera dársele; y de ahí que a la Corte de Casación le está vedado entrar a resolver puntos distintos a los propuestos en la respectiva demanda de casación, para declarar, oficiosamente, la prescripción de la acción penal, confundiendo así el recurso dicho de carácter extraordinario, de derecho estricto y de excepción, con una instancia cualquiera del proceso, juicio o causa.

“4o. Al invocar el art. 153 del C. de P. P. para hacer viable la declaración de prescripción dentro del recurso extraordinario

de casación, se incurre en una petición de principio al suponer que el proceso, juicio o causa no termina con la sentencia de segunda instancia, para convertir así la casación en una tercera instancia. Y si se dijera que el concepto de proceso es algo distinto al de causa o juicio, el criterio debe ser uniforme para interpretar las disposiciones que emplea el mismo vocablo, como el art. 275 del mismo C. de P. P., en el cual se lee: “En cualquier estado del proceso, el *denunciante* o querellante puede ampliar su denuncia...” ¿Será admisible la ampliación del denuncia dentro de la tramitación del recurso extraordinario de casación, cuando ya el juicio o causa ha terminado? Creo que nadie se atrevería a dar una respuesta afirmativa a semejante absurdo.”

“5o. Para confirmar los conceptos expuestos me permito transcribir los siguientes apartes del tratadista italiano Piero Calamandrei, que si bien se refieren a la casación civil, los principios básicos de tal instituto son igualmente aplicables a su similar del ramo penal.

Después de afirmar que la sentencia que desecha la demanda de casación, no puede afirmarse “que haga pasar en cosa juzgada la sentencia de mérito”, continúa así: “Esta, agotados los medios ordinarios de impugnación, es ya por sí misma una cosa juzgada: y la decisión de la corte que rechaza el recurso, no le confiere la eficacia de cosa juzgada que tiene ya ella, sino que niega únicamente al recurrente el derecho a anular la cosa juzgada ya existente. La sentencia de la casación que rechaza el recurso no se halla, respecto de la sentencia denunciada, en la misma relación en que se encuentra, respecto de la sentencia apelada, la decisión del juez de segundo grado, que al rechazar la apelación la ‘confirma’; el juez de segundo grado, aún cuando, al rechazar la apelación, adopta la fórmula de ‘confirmación’ de la sentencia de primer grado, pronuncia en realidad sobre la relación controvertida una sentencia nueva, que ocupa enteramente el puesto de la primera y constituye la cosa juzgada sobre el mérito (41). En cambio, la sentencia de la corte que rechaza el recurso de casación, deja en vigor la sentencia de segundo grado, purificándola de todo peligro de anulación, de

modo que continúe constituyendo el verdadero y único fallo o cosa juzgada sobre la relación de mérito (42). (Casación Civil. Breviario. Pág. 160).

“6o. Contra la tesis sustentada en este salvamento se invoca el art. 196 del C. de P.P. que considera ejecutoriada toda sentencia en materia penal “cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada”. Sin embargo, el argumento resulta inane, porque tal norma está en el Capítulo V que tiene este rubro: “Recursos ordinarios contra los autos y sentencias”; es así que el recurso de casación es “extraordinario”, luego el memorado art. 196 no es aplicable; y tan evidente es esto, que los recursos extraordinarios de *casación* y *revisión* están regulados en el Libro Tercero, Título IV, Capítulos I y II del C. de P.P. (arts. 556 y ss.), es decir, por normas distintas a las que regulan los recursos ordinarios, como el art. 196 citado.

Además, como la sentencia de segundo grado es definitiva, pues no existen sino dos instancias, no tres, la Corte de Casación no puede, sin infirmar antes la recurrida, proceder a declarar la excepción de prescripción como si se tratara de una mera instancia; y esta declaración no sería posible, se repite, sino en el caso de casar el fallo impugnado por medio de este recurso extraordinario, porque solamente en tal evento adquiriría la Corte competencia funcional para entender o decidir sobre cuestiones de instancia, como sobre la de

prescripción. (Num. 1o art. 58 D. No 528 de 1964).

En conclusión resulta del todo inadmisibles que la acción penal se declare prescrita por un lapso corrido con *posterioridad* a la sentencia definitiva de segunda y última instancia, cuando ya se ha agotado aquella (la acción) por haber cumplido la finalidad prevista por la ley.

“7o. El art. 112 del C. P. establece la excepción de prescripción de la acción, pero esto no significa que el juzgador pueda reconocerla sin llenar las formalidades de procedimiento previstas en el C. de P. P. así como no podría imponer ninguna pena a un reo sin llenar todas y cada una de las formalidades propias del juicio. Por tanto, en este caso debía observarse lo dispuesto en el art. 153 del dicho Código, el cual solamente en forma parcial se cumplió, porque si se dispuso oír al A. del M. P., como su concepto fué adverso, no podía decretarse la prescripción, pues dicha norma exige “*dictamen favorable del Ministerio Público*”, el cual fué adverso por la potísima razón de que no aceptó la conversión de la pena de prisión en presidio que dió por resultado acortar o disminuir el tiempo de la prescripción.

“8o. En este proceso, como en todos los similares, la sentencia de segunda instancia no ha sido casada ni infirmada, o sea, pesa contra los encausados una sentencia condenatoria.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña

EN LOS ASUNTOS QUE DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 12 DEL DECRETO 528 DE 1964, CORRESPONDA CONOCER A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL EN PROCESOS QUE SE SIGAN A LOS JUECES SUPERIORES, LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA.—

La Corte perdió el carácter de juzgador de segunda instancia en los procesos a que alude el artículo 12 del Decreto 528 de 1964, a partir de su vigencia. Y en estas condiciones no puede entrar a revisar el auto apelado, por carecer de competencia.

Es cierto que el artículo 2o del Decreto antes mencionado, dice que pueden interponerse los recursos ordinarios (entre los cuales se cuenta el de apelación) contra la providencia del juez o del funcionario de instrucción en la que resuelva abstenerse de abrir investigación. Pero, atendida la falta de competencia de la Corte para conocer en segunda instancia en los negocios de que se ha hecho referencia, es obvio que resulta exceptuado el recurso de apelación, en estos casos.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veintidós de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído de 12 de noviembre de 1965, resolvió abstenerse de “abrir investigación criminal, en razón de los hechos imputados por el denunciante, señor Abraham Niño C. al doctor SERVIO TULIO PINZON, cuando éste desempeñaba el cargo de Juez Primero Superior de Bogotá”. Contra esta resolución apeló el denunciante.

Pues bien:

Los cargos hechos al doctor Servio Tulio Pinzón se refieren al desempeño de sus funciones de juez, motivo por el cual avocó el conocimiento de este asunto el Tribunal Superior de Bogotá, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 12 del Decreto 528 de 1964, que dice:

“Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen por medio de su Sala

Penal y en única instancia de los procesos que se sigan a los Jueces Superiores . . . por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”.

Es obvio, entonces, que la Corte, como anota el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, perdió el carácter de juzgador de segunda instancia en los procesos a que alude la norma antes transcrita, a partir de su vigencia. Y en estas condiciones, no puede entrar a revisar el auto apelado, por carecer de competencia.

Es cierto que el artículo 2o. del Decreto 528 de 1964 dice que pueden interponerse los recursos ordinarios (entre los cuales se cuenta el de apelación) contra la providencia del juez o del funcionario de instrucción en la que resuelva abstenerse de abrir investigación. Pero, atendida la falta de competencia de la Corte para conocer en segunda instancia en los negocios de que se ha hecho referencia, es obvio que resulta exceptuado el recurso de apelación, en estos casos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, se **ABSTIENE** de resolver sobre la apelación interpuesta contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito. **COPIESE, NOTIFIQUESE** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., *Secretario.*

EL DERECHO DE DEFENSA, GARANTIZADO EN EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Es necesario garantizar al procesado la oportunidad legal para pedir pruebas.— Reposición del procedimiento a partir del auto de apertura a prueba.— Causal de casación del ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.—

La jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, tiene acordadas algunas nulidades en protección de las bases del juicio, y particularmente, del derecho de defensa.

El derecho de defensa se realiza y se hace eficaz, en manera especial, a través de la prueba, por lo que es necesario garantizar al procesado la oportunidad legal para pedirla, sobre la base, como es racional, de que, si tiene procedencia, habrá de practicarse.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado GABRIEL VALENCIA ARCILA contra la sentencia del 9 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable del “delito de estafa”, cometido en perjuicio de Antonio Camacho, a la pena de “DOS AÑOS DE PRISION” y accesorias consiguientes.

LOS ANTECEDENTES:

Con fundamento en denuncia que formuló Antonio Camacho el 6 de febrero de 1964, el Juzgado 18 de Instrucción Criminal abrió, conforme al respectivo auto cabeza de proceso, la investigación y luego de la práctica de algunas pruebas, mediante proveído del 13 del mismo mes, decretó la detención preventiva de Gabriel Valencia en orden al delito de “ABUSO DE CONFIANZA”.

disponiendo, de otro lado, acorde con las prescripciones del artículo 60 del Decreto 14 de 1955, abrir el negocio a prueba “por el término de quince días”, y que se hiciera saber al procesado que tenía derecho a “nombrar un defensor”.

Ese defensor, designado en el acto de la notificación de la providencia en cuestión, reconocido el 14 y posesionado de su cargo el 17 del citado mes, en memorial de esta última fecha, interpuso el recurso de reposición contra la medida cautelar especificada, el cual se ordenó tramitar en auto del 28, también de febrero, y se resolvió el 6 de marzo, reafirmando la detención, sobre la base, según aclaración, no del delito de abuso de confianza sino del de ESTAFA. Enseguida, sin que siquiera hubiera comenzado a correr el término de prueba señalado en la providencia del 13 de febrero, se ordenó, con fecha 13 de marzo, remitir el proceso al Juzgado 7o. Superior, donde se recibió ese mismo día.

Este Juzgado, conforme a proveído del 14 de marzo, vale decir, del día siguiente al de la llegada del negocio, ordenó correr traslado del mismo a las partes, “por el término común de cinco días”, para que alegasen de conclusión. Surtido ese trámite, entró al despacho para sentencia, la cual se profirió, con fecha 22 de abril, condenando a Valencia Arcila, como incurso en el delito de ABUSO DE CONFIANZA, a la pena de “UN AÑO DE PRISION”, multa de \$20.00 y accesorias del caso, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 9 de abril del año pasado para elevar la pena principal a “DOS AÑOS DE PRISION”, sobre la base, allí declarada, de que el delito atribuible no era el de ABUSO DE CONFIANZA sino el de ESTAFA.

LA DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada por conducto de su apoderado, el recurrente invoca, en primer término, la causal de casación del ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia impugnada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", tesis que fundamenta diciendo, previa la debida relación de los datos procesales al respecto, que no obstante haberse señalado término de prueba en el auto del 13 de febrero, éste, en realidad, no existió, por lo que el acusado no tuvo modo para ejercer, a través de la prueba, que es el medio eficaz, el derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, luego del debido estudio de la demanda, realizado sobre la base del cargo reseñado, solicita la invalidación del fallo impugnado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).— La jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, tiene acordadas algunas nulidades en protección de las bases del juicio y, particularmente, del derecho de defensa.

b).— El derecho de defensa se realiza y se hace eficaz, de manera especial, a través de la prueba, por lo que es necesario garantizar al procesado la oportunidad legal para pedirla,

sobre la base, como es racional, de que, si tiene procedencia, habrá de practicarse.

c).— En este proceso, como quedó atrás expresado, aunque se señaló término de prueba, de ese término se prescindió, lo que significa que a Valencia no se le garantizó el derecho para pedir pruebas y, por ende, el de su defensa, tutelado expresamente en el mencionado artículo 26 de la Constitución Nacional.

d).— La causal 4a. de casación prospera, en consecuencia, en orden al cargo examinado, circunstancia que hace innecesario estudiar los otros cargos formulados al amparo de ese mismo motivo de impugnación y también la causal 1a, que igualmente se invoca.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *INVALIDA* la sentencia recurrida y *ORDENA* enviar el proceso al Juzgado competente, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de apertura a prueba, dejando a salvo la detención preventiva allí mismo dispuesta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDADES

No todo descuido que ocurra en los procesos penales invalida lo actuado.— Violación del derecho de defensa.— Actas de la audiencia pública e invalidación de las mismas.—

1.— *No todo descuido que ocurra en los procesos penales los convierte en inválidos. Solamente cabe declarar la nulidad en los casos que señalan los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, y de manera muy excepcional en aquellos que conlleven un juzgamiento arbitrario, con desconocimiento absoluto del derecho de defensa.*

2.— *Esta Sala ha señalado que únicamente procede la nulidad constitucional por infracción del precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto al derecho de defensa allí consagrado, cuando de manera absoluta el enjuiciado no contó con asistencia jurídica, o se le negó la facultad de aducir pruebas o de alegar en su favor. A este respecto, véase lo expuesto por la Corte en sentencia de 2 de diciembre de 1965.*

3.— *El artículo 152 del C. de P.P. únicamente señala como causal de nulidad de las actas el que haga falta, en éstas, “la indicación de la fecha y lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ellas”.*

La falta de la firma del Secretario y la del declarante cuyo testimonio fue oído durante la audiencia pública, no son circunstancias previstas en el artículo antes mencionado y, de consiguiente, no acarrear la invalidez del acta a que alude el actor.

Debe anotarse que la audiencia pública se cumple ante el juez, funcionario que sí suscribe el acta que da cuenta la vista pública celebrada en este negocio. La firma del secretario tiene, apenas, la finalidad de autenticar la firma del juez, la que no ha sido tachada de falsa en este asunto.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se ocupa la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 2 de abril de 1965,

por la cual le fué impuesta al recurrente, DAGOBERTO CUBILLOS MORALES, la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Carlos Manuel Altamar García.

Conoció en primera instancia el Juzgado 4o. Superior de esta ciudad.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

El señor Agente del Ministerio público acoge la siguiente síntesis de lo ocurrido, que trae el auto de proceder proferido por el juzgador, de primera instancia:

“En un establecimiento denominado ‘Café Sant Moritz’, situado en la calle 16 entre carreras 7a. y 8a. de esta ciudad, perdió la vida, en forma violenta, el ciudadano Carlos Manuel Altamar García, a consecuencia de varias heridas con arma corto—punzante que le fueron ocasionadas por el sujeto que más tarde dijo llamarse Dagoberto Cubillos Morales.

“Notician los autos que al mencionado establecimiento llegaron el occiso y el señor Joaquín Aguirre Orjuela con el objeto de tomarse un café. Igualmente se sabe que Altamar García, a los pocos minutos de haberse sentado, se levantó del lugar donde se hallaba y se dirigió al sanitario y que pocos instantes después salió de aquel sitio diciendo que lo habían matado, a la par que un sujeto vestido con ruana de cuadros huía precipitadamente del lugar. Nos narra el informativo que un joven, Darío Mejía Toro, persiguió a quien huía, haciéndolo capturar a pocas cuerdas del lugar donde habían sucedido los hechos, cuando trataba de abordar un vehículo de servicio público” (fs. 105 a 106 del Cd.1o.).

Clausurada la investigación, el Juzgado 4o. Superior de Bogotá, mediante auto de 10 de mayo de 1962, llamó a juicio a CUBILLOS MORALES por el delito de homicidio, providencia que fue confirmada, en todas sus partes, por el Tribunal Superior de Bogotá, el día ocho de agosto del mismo año.

Anotó el juzgador de primera instancia lo que sigue, en el auto de proceder:

“En síntesis, Dagoberto Cubillos Morales, al dar muerte a Carlos Manuel Altamar García, obró con alevosía aprovechándose de la indefensión de éste.”

“.....
“Asimismo, es acertado deducirle al sindicado la circunstancia de especial agravación contemplada en el numeral 5o. del artículo 363 del Código Penal, pues es evidente que Dagoberto Cubillos Morales, al darle muerte a Carlos Manuel Altamar García, obró con alevosía, ya que sorprendió intencionalmente a su víctima no solo con la voluntad y conciencia de matarla, sino que además lo hizo sin darle lugar a defenderse, ni a evitar el mal que le hizo.

“.....
“Por lo demás, es conveniente advertir que hay fundamentos procesales para pensar que el sindicado bien pudo cometer el delito en persona distinta de aquella contra la cual dirigió la acción, pues según la declaración del agente Leonardo Gancha y por la propia manera como consumó el ataque, indica que quiso matar a un señor Varela. . .”

El Jurado respondió afirmativamente al siguiente cuestionario:

“El procesado Dagoberto Cubillos Morales es responsable, sí o nó, de haber dado muerte por error en la persona a Carlos Manuel Altamar García, con el propósito de matar, mediante heridas producidas con arma corto—punzante (cuchillo) y con alevosía, conforme a hechos que tuvieron realización el día veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y uno, dentro del establecimiento denominado ‘Café Sant Moritz’, situado en la calle No. 16, 7—91, de esta ciudad?”

Tomando en cuenta el veredicto de los jueces de hecho, el Juzgado 4o. Superior de Bogotá condenó al recurrente a la pena de

quince años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, resolución ésta que fué confirmada por el juzgador de segunda instancia mediante el fallo impugnado.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor apoderado de CUBILLOS MORALES invoca la causal cuarta de casación, de que tratan los artículos 567 del C. de P.P. y 56 del Decreto 528 de 1964, así:

Primer cargo: Dice el demandante que fue infringido el artículo 104 del C. de P.P., pues en las diligencias de reconocimiento en rueda de detenidos (fs.25,26 y 27 del Cd. 1o.) su representado no fue asistido, “ni siquiera por un apoderado de oficio designado por el funcionario de instrucción”. Agrega que “tales probanzas, que en sentir de la ley y de la jurisprudencia no tienen valor alguno, en razón de estar inficionadas de nulidad, invalidez o inexistencia, llámese como se quiera, contribuyeron a la condena injusta del ciudadano Dagoberto Cubillos Morales”.

Segundo cargo: Manifiesta el señor apoderado del recurrente que “el artículo 145 del C. de P.P. enseña que toda actuación procesal debe empezar con el nombre de la entidad, etc., y que debe ser firmada por el Juez y el Secretario. Al folio 174, donde termina el acta de audiencia pública, que dá fé acerca de lo debatido en estrados, por razón del principio de la oralidad, carece de la firma del Secretario y del deponente que intervino en ella. Sin embargo, la anterior diligencia que es nula por los efectos indicados, sirvió de base a la sentencia condenatoria de primera y segunda instancias; la última de las cuales se encuentra recurrida en casación”.

Tercer cargo: Por último, expresa el señor personero de CUBILLOS MORALES lo que pasa a transcribirse:

“En la providencia recurrida. . .se hace referencia, con exclusividad, a la causal 5a del artículo 363 del estatuto represivo, en razón de la alevosía atribuída a mi cliente en el homicidio, sin hacer ninguna mención al error *in persona*, en cuanto a la víctima, mucho menos en presencia de la negación del cargo efectuada por Dagoberto Cubillos Morales. Empero, el juez del conocimiento, en el respectivo

cuestionario, incluye lo siguiente: 'El procesado Dagoberto Cubillos Morales, es responsable, sí o nó, de haber dado muerte por error en la persona a Carlos Manuel Altamar García. . .', cuando lo anterior no fue materia de estudio en la confirmación del auto de enjuiciamiento en segunda instancia, transgrediéndose, por lo mismo, el artículo 498, o mejor el 28 de la Ley 4a de 1943, el cual informa que el cuestionario que el juez someta al jurado se confeccionará de acuerdo con los hechos materia de la causa, conforme al auto de proceder".

El señor Procurador lo Delegado en lo Penal, luego de refutar cada uno de los cargos propuestos por el demandante, solicita que la Sala deseche el recurso de casación.

LA SALA CONSIDERA:

Se apoya el actor en supuestas violaciones del artículo 26 de la Constitución Nacional, las cuales desprende de la infracción de los artículos 104 del C. de P.P.

Es bien:

No todo descuido que ocurra en los procesos penales los convierte en inválidos. Solamente cabe declarar la nulidad en los casos que señalan los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, y de manera muy excepcional en aquellos que conlleven un juzgamiento arbitrario, con desconocimiento absoluto del derecho de defensa.

¿Entonces, de haberse dado las infracciones que anota el demandante, cabe aseverar que a CUBILLOS MORALES se le juzgó sin el lleno de las garantías que consagra la Carta?

Debe responderse que nó, según las consideraciones que hace la Sala a cada uno de los cargos, así:

PRIMER CARGO:

Dice el artículo 104 del C. de P.P. que "el procesado, desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene derecho a nombrar un apoderado que lo asista en todas las diligencias del sumario. El funcionario de instrucción le hará conocer este derecho. Si el procesado no quiere o no puede nombrar apoderado, el funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio".

Es cierto que en las diligencias de reconocimiento del sindicado recurrente, en

rueda de presos, no estuvo asistido por un apoderado. Pero lo anterior no permite aseverar que, de manera absoluta, se desconoció su derecho de defensa, pues CUBILLOS MORALES contó con la asistencia jurídica de un abogado durante el juicio.

Corresponde recordar que esta Sala ha señalado que únicamente procede la nulidad constitucional por infracción del precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto al derecho de defensa allí consagrado, cuando de manera absoluta el enjuiciado no contó con asistencia jurídica, o se le negó la facultad de aducir pruebas o de alegar en su favor. A este respecto, también dijo la Corte en sentencia de 2 de diciembre de 1965, lo que pasa a transcribirse:

"No sobra advertir, para finalizar estas consideraciones, que la Corte ha venido notando, no sin sorpresa, que ante la falta de verdaderas nulidades procesales (arts. 198 y 199 del C. de P. P.) se recurre a la ya famosa nulidad constitucional, pretendiendo que reales o presuntas informalidades de menor gravedad que las erigidas por la ley como tales nulidades, lo son nada menos que de orden constitucional.

"La jurisprudencia, basándose en el texto del artículo 26 de la Carta, en cuanto ésta norma dice que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias del juicio, creó esa nulidad, por lo mismo llamada constitucional, pero no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados, fuese elevada a un grado más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se omite un requisito procesal esencial cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y del proceso penales, que no esté definido como causa de nulidad legal. Como por ejemplo, cuando la defensa se ha limitado a la posesión del apoderado, o cuando no se ha oído en indagatoria al sindicado presente en el sumario y en el juicio, o cuando falta la prueba del cuerpo del delito.

"Extremar esta tesis, nacida de la

interpretación correcta de la Constitución, sería nada menos que convertir a ésta, que debe tutelar el interés del Estado de reprimir la delincuencia, en protectora irrazonada de la impunidad. El excesivo celo en favor de pretendidos derechos individuales, conlleva la traición de los intereses de la comunidad”.

Así, pues, este primer cargo no resulta comprobado.

SEGUNDO CARGO:

En cuanto a este segundo motivo de impugnación, es del caso observar que el artículo 152 del C. de P.P. únicamente señala como causal de nulidad de las actas el que haga falta, en éstas, “la indicación de la fecha y lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ellas”.

La falta de la firma del Secretario y la del declarante cuyo testimonio fué oído durante la audiencia pública, no son circunstancias previstas en el artículo antes mencionado y, de consiguiente, no acarrear la invalidez del acta a que alude el actor.

Debe anotarse que la audiencia pública se cumple ante el juez, funcionario que sí suscribe el acta que dá cuenta de la vista pública celebrada en este negocio. La firma del secretario tiene, apenas, la finalidad de autenticar la firma del juez, la que no ha sido tachada de falsa en este asunto.

Este cargo, en consecuencia, no aparece probado.

TERCER CARGO:

Comparte y prohija la Sala la réplica que, en cuanto a ésta última tacha propuesta por el señor apoderado del recurrente, hace el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal:

“Al tratar en seguida del tercer cargo, vale decir que no existe discrepancia alguna entre los términos del cuestionario sometido a la consideración del jurado y el enjuiciamiento proferido por el *a quo*, pues si en el cuestionario se considera la circunstancia de haber dado muerte el acusado Cubillos Morales a Carlos Manuel Altamar García ‘por error en la persona’, fué porque al folio 119 correspondiente al auto de proceder, se

considera la posibilidad de haber obrado el homicida por error en relación con la persona contra la cual dirigió la acción. Habiéndose hecho referencia a tal circunstancia y no habiéndose sido desestimada en el auto que confirmó el llamamiento a juicio, obvio erá que a la misma circunstancia hiciera alusión la cuestión única que debía responder el tribunal popular.

“Por lo demás, esta circunstancia del error en persona, que no fué —se repite— descartada por el *ad quem* al confirmar el auto de proceder, como tal no jugó papel alguno en la dosificación de la pena, ni en la calificación que al hecho ilícito cometido se le dió, pues nada tiene que ver con la intensidad volitiva de la acción, siendo, por otra parte, evidente que para calificar el homicidio a que aluden los autos como asesinato, única y exclusivamente se tuvo en cuenta la circunstancia prevista en el numeral 5o. del artículo 363 del C. P., circunstancia de la que se habla en el proceso en el auto de proceder, en el confirmatorio de éste, en el cuestionario sometido a la consideración de los jueces de conciencia y en las sentencias de primera y segunda instancia condenatorias del acusado Cubillos Morales”.—

No tuvo, pues, demostración este tercer cargo.—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS.— GIRO DE CHEQUES.— DELITO DE ESTAFA.

Sea que se trate del delito de estafa o del caso de especial peligrosidad previsto en el artículo 16 del Decreto 1699 de 1964, el lugar donde se gira el cheque que no sea cubierto por cualquiera de las razones señaladas en el precepto antes citado indica el juez competente para conocer del negocio. El hecho de que en otra parte se haga, por la entidad bancaria respectiva, el rechazo del cheque, no modifica la anterior conclusión, pues esto último no es elemento de la infracción sino prueba del giro ilícito de ese instrumento negociable.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver la colisión de competencias planteada entre el Juzgado 49 Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado 80. Penal Municipal de Barranquilla, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el señor HERNAN HANSEN, por el delito de estafa, la Sala toma en cuenta:

1o.— Se trata de los siguientes hechos, expuestos por el señor Alfonso Escobar en su denuncia:

“El día julio cinco del año en curso, se presentó a mi oficina, localizada en la calle 54 No. 10—81 (sexto piso) . . .” de Bogotá . . . “el señor Hansen, con C. de C. No. 5550026 de Bucaramanga, a solicitarme el favor de que le hiciera un canje por un cheque por el valor de un mil pesos (\$1.000.00), sobre el Banco Ganadero, Sucursal de Barranquilla. Yo le giré un cheque mío por el mencionado valor, sobre el Banco de Colombia, Sucursal No. 14, de esta ciudad. Al consignar el cheque del Banco Ganadero sobre la Sucursal de Barranquilla fué enviado al canje y devuelto, por cuenta

cancelada. Este cheque fué protestado por el Banco Ganadero, Sucursal de Barranquilla, en agosto 19 de 1965. Por datos obtenidos, el señor Hansen vive actualmente en la ciudad de Bucaramanga, en la calle 44 No. 34—60 . . .”.

La Comisaría Judicial del Norte, de esta ciudad de Bogotá, remitió este denuncia al reparto de los jueces penales municipales de Barranquilla, y en esa ciudad, el Juzgado 80. Penal Municipal dispuso devolver el informativo a Bogotá, pues, en opinión de ese Despacho, habiendo sido cobrado en esta ciudad el cheque girado por el denunciante, fué aquí donde se consumó la infracción y donde, asimismo, corresponde conocer del asunto.

El Juzgado 49 Penal Municipal de Bogotá, al serle repartido el proceso, dispuso devolverlo a Barranquilla, por considerar que la competencia le corresponde a los jueces municipales de esa ciudad, en razón, dice aquel funcionario, de que “el cheque que ha dado origen a la presente investigación aparece girado contra un banco de la ciudad de Barranquilla”.

A su turno, el citado Juez 80. Penal de Barranquilla insiste en su punto de vista y plantea, así, la colisión de competencias de que se ha hecho referencia.

2o.— En atención a que el cheque mencionado por el denunciante fué girado el día 5 de julio de 1965, los hechos de que dá cuenta el señor Alfonso Escobar, si bien corresponde calificarlos provisionalmente como un delito de estafa, encajan en la definición específica contenida en el artículo 16 del Decreto 1699 de 1964, sobre “conductas antisociales”; que dice:

“El que gire cheque o cheques que no correspondan a su cuenta corriente del banco respectivo, o sobre cuenta cancelada o con fondos insuficientes sin mediar autorización del girado, o con

nombre o firma distintos de los registrados en el banco, o sobre saldo embargado a sabiendas de esa circunstancia, incurrirá en relegación a colonia agrícola, así: . . .”.

3o.— Conocido el precepto que acaba de transcribirse, es obvio que queda cometida la infracción en el instante mismo en que el cheque es expedido y entregado a su tenedor (momento del giro), en las circunstancias allí previstas y que le dan el carácter de ilicitud a ese instrumento negociable.

El rechazo del pago por la entidad bancaria en razón de los motivos que indica el artículo 16 del Decreto 1699 de 1964, no forma parte de los elementos que tipifican la conducta antisocial que este precepto define, sino que constituye, apenas, la prueba de que el instrumento negociable fué girado en esas circunstancias de ilicitud.

4o.— Es obvio, entonces, que la competencia para conocer de este asunto la tiene el juez de la localidad en donde se cumplió el giro del cheque, esto es, el Juez Penal Municipal de Bogotá, si se toman en consideración las siguientes normas:

“Art. 55 (C. de P. P.): Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción”.

“Art. 43 (Decreto 1699 de 1964): De las conductas contempladas en este decreto, conocerán en primera instancia los Jueces Municipales, y en segunda los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, si el procesado fuere mayor de diez y ocho (18) años”.

5o.— Aún en el caso de que no se tomara en cuenta que los hechos denunciados deban tratarse (como corresponde) de conformidad con las disposiciones del Decreto 1699 de 1964, sino que (como mera hipótesis) se pensara en que deben someterse al procedimiento penal ordinario por constituir

un delito de estafa (art. 408 del Código Penal), se tendría, igualmente, que la competencia sería de los jueces penales municipales de Bogotá, pues en esta ciudad se habría cometido ese delito, ya que todos los pasos del *iter criminis* tuvieron ocurrencia en esta localidad: Aquí se obtuvo, por el agente, el provecho económico ilícito, al recibir del denunciante la suma de un mil pesos (\$1.000.00), con perjuicio de éste, ocasionado también en Bogotá al entregar la víctima la cantidad anotada, y, de igual manera, asimismo en esta ciudad el sujeto activo de la infracción indujo en error al sujeto pasivo, mediante artificios o engaños.

El rechazo del pago y la indicación de los motivos para no verificarlo en Barranquilla la entidad bancaria que cita el señor Alfonso Escobar, constituye, únicamente, la prueba de que éste sufrió un perjuicio económico al hacer entrega, en Bogotá, de la suma de un mil pesos, que económicamente aprovechó el mencionado señor Hansen.

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 negocio le corresponde al Juzgado 49 Penal Municipal de Bogotá, a donde se enviará el expediente.

Dése aviso de lo resuelto al Juzgado 8o. Penal Municipal de Barranquilla.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Amadeo Rey, Secretario. AD HOC.

RECURSO DE REVISION

Las irregularidades del proceso que den lugar a la nulidad de lo actuado, no permiten la revisión del juicio, pues este recurso extraordinario es pertinente sólo cuando se trate de la inocencia del reo. Únicamente en casación cabe proponer la invalidación del fallo, si se ha dictado en un proceso viciado de nulidad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de revisión propuesto en cuanto al juicio seguido contra FAIZ IZA TRIGUEROS por el delito de robo y del cual conoció, en primera instancia, el Juzgado 3o. Superior de Buga y en segundo grado el Tribunal Superior de la misma ciudad. Los fallos recaídos están fechados, respectivamente, el 13 de marzo de 1962 y el 21 de mayo del mismo año.

Al recurrente, así como al sindicado Jorge Enrique Restrepo Gutiérrez, se les impuso la pena principal de seis años y seis meses de presidio.

HECHOS:

Los resume, así, el Juzgado 3o. Superior de Buga:

“Dice el señor Leonardo Jaramillo Campo, en su calidad de gerente de la firma ‘Ortiz, Mejía y Villegas Ltda’, que en el almacén de esta empresa, situado en la carrera 13 No. 4—41 de Buga, en las primeras horas de la noche del sábado 28 de mayo de 1960, dos individuos jóvenes penetraron al establecimiento, utilizando llaves falsas o ganzúas, habiendo sustraído algunos muebles que luego dieron en venta por irrisorias

sumas de dinero a algunas personas de esa localidad...”

Agrega el Juzgado 3o. Superior de Buga que “en el citado almacén venía prestando sus servicios la señorita Hortencia Vélez Botero...”, quien, en las primeras horas de la noche del día de los hechos, al pasar por frente al almacén con la señorita Myrian Recio, se dió cuenta de que las puertas estaban abiertas, sin embargo de que las luces estaban apagadas. Al entrar, la “señorita Recio recorrió el almacén y vió que de un rincón salieron corriendo dos muchachos...”, habiendo reconocido, posteriormente, a uno de ellos, o sea a Faiz Iza Trigueros, individuo que también fué identificado por la señorita Vélez Botero.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El señor apoderado del recurrente IZA TRIGUEROS dice lo que pasa a transcribirse:

“1o.— Consta de autos que a la fecha de la comisión de los hechos, Faiz Iza Trigueros era menor de diez y ocho (18) años;

“2o.— Asimismo consta de autos que la calidad de menor de edad del señor Faiz Iza Trigueros no fué conocida por los funcionarios que instruyeron y conocieron del proceso que contra este fuera adelantado;

“3o.— La prueba correspondiente sobre la edad del señor Faiz Iza Trigueros, sólo vino a ser conocida después de la condenación proferida por el Juzgado 3o. Superior y por el H. Tribunal Superior de Buga;

“4o.— Hechas las anteriores consideraciones, se concluye que se está en el caso previsto en los numerales 4o. y 5o. del art. 571 del C. de P.P. y es por tanto procedente el recurso de revisión contra las ameritadas providencias”.

Con la demanda, que se concreta en lo que

acaba de copiarse, acompaña el actor la partida de bautismo del nombrado IZA TRIGUEROS, de acuerdo con la cual éste nació el 21 de agosto de 1942.

El señor Procurador lo. Delegado en lo Penal se opone a que se ordene la revisión demandada, pues el hecho alegado, si bien implica una nulidad por incompetencia de jurisdicción, élla únicamente podía alegarse en casación.

CONSIDERA LA SALA:

Es cierto, como lo anota el demandante, que en las instancias no se conoció que el procesado FAIZ IZA TRIGUEROS, para la fecha de los hechos averiguados, era menor de diez y ocho años.

Resulta ser verdad, asimismo, que en el juzgamiento de IZA TRIGUEROS se incurrió en el caso de nulidad previsto en el ordinal 1o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal: "La incompetencia de jurisdicción", pues de acuerdo con el artículo 46 de la misma obra su juzgamiento correspondía al Juez de Menores.

Pero es obvio, como lo observa el señor Agente del Ministerio Público, que no está prevista, como causal de revisión, sino de casación, el hecho de que "la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Con este particular, dijo esta Sala en sentencia de 9 de mayo de 1957 (G. J. t. LXXXV, p. 170), que "el hecho o la prueba no conocidos al tiempo de los debates que fundan la revisión de las sentencias ejecutoriadas, son exclusivamente los que establecen la inocencia o la irresponsabilidad o constituyen indicios graves de estas".

El recurso de revisión tiende a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada, a fin de salvar errores de hecho por los cuales haya sido condenada una persona inocente. Consiste, esencialmente, en un debate probatorio apoyado en situaciones taxativamente previstas en la ley, debate que ataca los fundamentos del juicio penal.

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

En consecuencia, la revisión no puede apoyarse en yerros de orden jurídico, o en errores *in judicando*, y mucho menos en

irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, pues esta causa de impugnación está prevista como motivo de casación, según lo señala el ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P.P., igual al ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Cabe recordar la siguiente doctrina de la Sala:

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

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

Es cuestión vedada a la Corte ampliar las causales de revisión taxativamente previstas en la ley (art. 571 del C. de P.P.).

La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones señaladas en el artículo inmediatamente antes citado, a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad, en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, explica, se repite, que tales sentencias deban cumplirse. Se trata, es cierto, del quebrantamiento, en este caso, de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento de una persona, más nó de que alguien esté cumpliendo una pena injusta por ser inocente. Por ello, en esta última hipótesis y sólo en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esta injusticia. De ahí que las causales previstas en el artículo 571 del C. de P.P. se refieran, exclusivamente, a esta última situación.

No prospera, pues, la revisión demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA

PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, NIEGA la revisión del proceso seguido contra FAIZ IZA TRIGUEROS, por el delito de robo.

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

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Amadeo Rey Rey., Secretario AD-HOC.

PROCESO VICIADO DE NULIDAD POR MENOSCABAR EL DERECHO DE DEFENSA EN FORMA ABSOLUTA Y PRETERMITIR LA ASISTENCIA DE CURADOR.

Prosperidad de la causal de casación prevista en el ord. 4o. del art. 56 del Decreto 528 de 1964.— Nulidades en el sumario.— Juicio tramitado conforme al Decreto 0014 de 1955.— Correcta aplicación en cuanto al ord. 3o. del art. 404 del C. P.— La Corte no es Juez de defensores.— La nulidad constitucional y el derecho de defensa.—

1.— *Las nulidades, en el sumario, son excepcionales y se circunscriben, según doctrina reiterada de la Corte, "a la incompetencia de jurisdicción y a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio". (Sents. 4 agosto 1948, LXIV, 538; 15 de noviembre 1949, LXVI, 763).*

2.— *La nulidad, generada en el menoscabo del derecho de defensa, no puede reflejarse sino en favor de quien, encontrándose en esa situación, la alega, lo que es apenas obvio ya que ese derecho, tiene su raíz y tutela en la propia Constitución, es personal y funciona en el proceso penal en relación directa con cada uno de los acusados en particular.—*

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

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpusieron los procesados RAFAEL CASTRO MENDOZA y LUIS ENRIQUE GARZON HERRERA contra la sentencia del lo. de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, los condenó, como responsables, junto con Guillermo Rodríguez Cantor, del delito de robo, a la pena de "SEIS AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias del caso.

LOS ANTECEDENTES:

La noche comprendida entre el 19 y 20 de febrero de 1964, los ladrones penetraron, desprendiendo mediante la violencia, unos vidrios para abrirse paso, al almacén de

calzado "El Venezolano", de propiedad de Fideligno Avila, ubicado en la calle 5 No. 6—64 de Zipaquirá, y se llevaron mercancías que alcanzaron, según avalúo, a \$2.030.00.

En razón de estos hechos, determinados como integrantes de un delito de robo calificado, fueron sometidos a indagatoria varios sujetos, entre ellos, RAFAEL CASTRO, quien rindió la suya el 27 y 28 de febrero y estuvo asistido, como consecuencia de haber manifestado tener "veinte años de edad", de *curador ad-litem*, cargo que ejerció, conforme a designación del instructor, el señor Olimpo Arias Torres.

El 5 de marzo, el Juzgado 43 de Instrucción Criminal, a cuyo cuidado estuvo la formación del sumario, decretó la detención preventiva de RAFAEL CASTRO MENDOZA, LUIS ENRIQUE GARZON HERRERA, Guillermo Rodríguez Cantor y Alvaro Jiménez Navas, disponiendo, de otro lado, que se sacara copia respecto a Jorge Mendoza Castro para ponerlo a disposición del Juzgado de Menores, y que se abriera a prueba el negocio "por el término de veinte días", así como también que se hiciera saber a los procesados, "cuya detención se ordena, el derecho que tienen de nombrar un apoderado que los asista en todas las diligencias del proceso".

En el momento de la notificación del auto de detención, surtida en conjunto al día siguiente de proferirlo, los sindicatos solicitaron plazo de tres días "para nombrar sus apoderados" y como acaeció que Castro Mendoza no lo hizo en ese término, el Juzgado, con fecha 17 de marzo, le designó "apoderado de oficio" al doctor Gustavo Medina Avila, quien sólo vino a posesionarse y a recibir la notificación del auto de detención

el 24 del mismo mes.

El 26 de marzo el Juzgado resolvió unas peticiones del apoderado de Alvaro Jiménez y Guillermo Rodríguez y amplió en diez días el término de prueba señalado en el auto de detención. Luego el 4 de abril resolvió otra petición del apoderado de Luis Enrique Garzón.

En auto del 16 de abril, notificado a los procesados y a sus apoderados en la misma fecha, se ordenó el avalúo de las mercancías materia del delito, diligencia que se llevó a cabo el 26 de ese mes y que se puso a disposición de las partes, con arreglo a lo prescrito en el artículo 266 del C. de P. Penal, mediante proveído del 23, por el término de cinco días. Se solicitó que los peritos ampliasen y aclarasen su dictamen, petición que, acogida en auto del 28, dió lugar a la ampliación del avalúo en diligencia del 4 de mayo.

El 17 de abril, Castro Mendoza confirió poder al doctor Luis Pallares Alvarez, abogado que, aunque reconocido en auto de esa misma fecha, no se posesionó de su cargo.

El 20 de junio, Castro Mendoza designó otro apoderado, al doctor Guillermo Suárez, quien, previo el debido reconocimiento, se posesionó ese mismo día y presentó, también en esa fecha, un memorial para pedir que el proceso se remitiera "al señor Juez de Circuito".

Los autos relacionados, comenzando por el de detención, se notificaron a Castro Mendoza sin asistencia de curador, de la cual sólo dispuso en la recepción de su indagatoria.

El Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, previo el trámite previsto en el artículo 61 del Decreto 14 de 1955, en sentencia del 16 de septiembre, condenó a RAFAEL CASTRO MENDOZA y a LUIS ENRIQUE GARZON HERRERA, como responsables, del delito de robo, a la pena de "SEIS AÑOS DE PRESIDIO", les aplicó las penas accesorias del caso y absolvió, en cambio, a GUILLERMO RODRIGUEZ CANTOR, Pedro E. Galindo, José Hernando Forero Galeano, Alfonso Ruíz Castro, Rafael Gómez Sánchez y Alvaro Jiménez Navas, fallo que el Tribunal, conforme al suyo del 1o. de febrero del año pasado, confirmó respecto de las condenas y las absoluciones, salvo en la que dice a Guillermo Rodríguez Cantor, que revocó, para en su lugar condenar a ese sujeto, como "cómplice no necesario" de aquél delito, a la

pena de "DOCE MESES DE PRISION" y consiguientes accesorias, adicionándolo en el sentido de absolver también a Marco Antonio Rodríguez Martínez y de imponer a los predichos Castro Mendoza y Garzón Herrera la obligación de indemnizar los perjuicios generados en el delito.

Ha de observarse, recalcándolo, que el representante legal de Castro Mendoza, doctor Guillermo Suárez, siguiendo su línea de conducta, dejó pasar en silencio el término señalado a las partes para alegar con inmediata antelación al fallo de primera instancia, actitud de silencio en la que persistió en el desarrollo de la segunda, puesto que tampoco allí estimó oportuno decir algo en favor de su patrocinado.

PRIMERA DEMANDA:

En la demanda el recurrente RAFAEL CASTRO MENDOZA, por conducto de su apoderado, invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se profirió "en un juicio viciado de nulidad", tesis que luego procede a demostrar a través de estos cargos:

a).— En su indagatoria, Castro Mendoza tuvo como curador ad-litem, según designación del Juzgado de Instrucción, al señor OLIMPO ARIAS TORRES, persona que por ser empírica, se limitó "a asumir una actitud pasiva" frente a preguntas capciosas, por lo que de ese modo se vino a socavar el derecho de defensa.

b).— El procesado "compareció en juicio", no obstante su minoría de edad, sin asistencia de curador, circunstancia que acarrea "una nulidad de las que la doctrina conoce con el nombre de constitucionales, . . . por conducir a la violación del derecho de defensa y desconocer, por tanto, los principios incrustados en el artículo 26 de la Carta Fundamental".

c).— En el auto de detención y de apertura a prueba se dispuso, incurriendo en confusión, que se hiciera saber a los procesados que tenían derecho a nombrar "un apoderado", cuando ha debido hablarse de defensor, confusión que llevó a violar "la garantía consagrada en el inciso 1o. del artículo 26 de la Constitución Nacional".

d).— El procesado Castro Mendoza fué

juzgado y condenado "sin la plenitud de las formas del juicio, justamente por no haber tenido defensa, aunque sí abogados que no abogaron", cuestión que de manera ostensible viola el artículo 26 de la Constitución Nacional.

SEGUNDA DEMANDA:

En su demanda el recurrente LUIS ENRIQUE GARZON HERRERA invoca, por conducto de su respectivo apoderado, las causales de casación de los ordinales 1o. y 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Con apoyo en la causal 1a. sostiene que la sentencia impugnada viola, "por aplicación indebida y apreciación errónea de algunas de las pruebas", "normas sustantivas", lo que resulta de que allí, "siguiendo ciegamente la pauta trazada" en el fallo del Juzgado, se aceptan "las imputaciones" contra Garzón, sin someterlas "a la más elemental crítica", y se afirma que éste, "forzado por la gravedad de las pruebas" en su contra, "confiesa . . . la autoría del delito", cuando leyendo su indagatoria, se llega a la conclusión de que en un principio negó los hechos y de que sólo vino a aceptarlos, "en forma vaga, por la presión que sobre él ejercitó el investigador", "anormalidad" a la que se sumó la circunstancia de haber carecido de "apoderado idóneo durante la diligencia" para que impidiera la formulación de preguntas "capciosas".

De otro lado, también fundado en la causal 1a., pretende que el fallo es violatorio de los artículos 404 y 36 del Código Penal, porque, no apareciendo que el delito se hubiera cometido "en despoblado, ni con armas", la disposición aplicable no podía ser la primera que se cita sino el artículo 403 de la obra en cuestión, y porque con base en la segunda, teniendo en cuenta la "buena conducta anterior" del procesado y su "ninguna peligrosidad", sólo podía imponérsele como pena "el mínimo de la tarifa legal", lo que significa que "debe ser de un año".

Al amparo de la causal 4a. el recurrente afirma que la sentencia se profirió "en un juicio viciado de nulidad", enunciado en cuya demostración se formulan estos cargos:

a).— La competencia, respecto del delito, "no se determinó legalmente", puesto que ella descansa "en un avalúo carente de fuerza legal", lo que de suyo se comprueba a través

de "las muchas deficiencias" que ofrece, comenzando por la falta de cuestionario para los peritos, siguiendo en la pretermisión de "la ritualidad exigida en el artículo 147 del C. de P. Penal" para terminar en la ausencia de dato alguno en torno a si esos peritos cumplieron "con los requisitos exigidos en el artículo 260 de la misma obra".

b).— El procesado Garzón careció de "defensa adecuada", hecho que "se patentiza en la ausencia de apoderado durante las diligencias más importantes del sumario así como en el momento de las apelaciones principales".

c).— De prosperar la causal de casación aducida en relación con Castro Mendoza, ello habrá de favorecer a Garzón Herrera.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, sobre la base de un cuidadoso estudio de las dos demandas, solicita que se case el fallo acusado y se ordene la devolución del proceso "para que se reponga lo actuado, previa notificación en debida forma del auto de detención y de apertura a pruebas al procesado Castro".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I.— Las nulidades, en el sumario, son excepcionales y se circunscriben, según doctrina reiterada de la Corte, "a la incompetencia de jurisdicción y a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio". (Sents. 4 agosto 1948, LXIV, 538; 15 noviembre 1949, LXVI, 763).

II.— En esta suerte, carece de interés, como es obvio, el cargo relativo al curador ad-litem que tuvo Castro Mendoza en la recepción de su indagatoria, ajeno a las disciplinas jurídicas, y a su "actitud pasiva" en esa diligencia, la cual se llevó a cabo prácticamente en la iniciación del sumario.

III.— La confusión en que se incurrió en el auto de detención y de apertura a prueba, al disponerse allí que se hiciera saber a los procesados el derecho que tenían para nombrar "apoderado", cuando ha debido hablarse de defensor, no ofrece trascendencia alguna y, desde luego, no se echa de ver de qué modo pudo menoscabar las garantías consagradas en el artículo 26 de la

Constitución Nacional.

IV.— En el juzgamiento de Castro Mendoza, cuyo primer acto específicamente encaminado a esa finalidad se encuentra, dentro de la tramitación del Decreto 0014 de 1955, en la apertura a prueba del proceso, se violó el artículo 26 de la Constitución, lo que resulta del hecho de haber carecido de la asistencia de curador y, en particular y principalmente, de defensa, ya que ninguno de los tres abogados que tuvieron su representación solicitó una prueba, fundamentó un recurso o adujo alguna razón, siquiera de paso o a la deriva, tendiente a mejorar su situación.

V.— En estas condiciones, menoscabado el derecho de defensa en forma absoluta y pretermitida la asistencia de curador, el juzgamiento de Castro Mendoza quedó viciado de nulidad y, en consecuencia, la causal aducida como fundamento del recurso necesariamente tiene que prosperar.

VI.— El primer cargo que se plantea en la demanda de Garzón Herrera con base en la causal 1a. de casación, requería, en orden a su naturaleza y alcances, el examen de las pruebas del proceso y, de manera especial, de aquellas donde aparecen las imputaciones contra el sujeto en mención, de las que, como es fácilmente comprensible, no se puede prescindir sólo porque se pretenda que en el fallo acusado se aceptaron sin someterlas “a la más elemental crítica”.

VII.— La confesión de Garzón Herrera tampoco, como es racional, se puede desechar con fundamento, exclusivo y único, en que aquel “en un principio negó los hechos” para aceptar luego, a través de una confesión que, en el sentir personal del demandante, fué lograda mediante “presión” del investigador, “la autoría en el delito”.

VIII.— El delito se consumó en las dependencias inmediatas de un lugar habitado y entonces, sobre la base de que se trata de un robo, era necesario aplicar, como con acierto se hizo en el fallo acusado, el ordinal 3o. del artículo 404 del Código Penal.

IX.— La demanda no señala, pero ni siquiera en principio y de manera así sea tangencial, el sentido de la violación que plantea respecto del artículo 36 del Código Penal.

X.— El primer cargo, en el libelo de Garzón, apoyado en la causal 4a. de casación, se formula, como puede apreciarse en su

reseña, mediante una crítica al dictamen pericial básico para determinar la cuantía del delito y, por ende, la competencia. Ese cargo, en consecuencia, no procede dentro de la esfera de la causal especificada, donde no hay cabida para debate alguno probatorio.

XI.— Conforme al segundo cargo, fundado también en la causal 4a., se pretende, no que a Garzón se le hubiera desconocido el derecho de defensa, sino que careció de “*defensa adecuada*”, planteamiento que de suyo envuelve una invitación para que se califique la que se ejerció a su favor, lo que no es posible en fuerza de que ello “convertiría a la Corte en Juez de los defensores, en suprema dispensadora de una especie de exequatur que dijese cuándo una defensa, por corta y sintética que sea, es buena o mala”. (Sent., 26 julio 1965).

XII.— La nulidad, generada en el menoscabo del derecho de defensa, no puede reflejarse sino en favor de quien, encontrándose en esa situación, la alega, lo que es apenas obvio ya que ese derecho, aunque tiene su raíz y tutela en la propia Constitución, es personal y funciona en el proceso penal en relación directa con cada uno de los acusados en particular.

XIII.— Es claro, pues, que la nulidad que habrá de determinar la invalidación del fallo en cuanto al recurrente Castro Mendoza no podrá beneficiar a Garzón Herrera ni tampoco a Rodríguez Cantor. Ella, a su turno y con mayor razón, tampoco podrá afectar las absoluciones allí contenidas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA el fallo acusado en cuanto al recurrente RAFAEL CASTRO MENDOZA, *ORDENA*, en consecuencia, enviar el proceso al Juzgado competente, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento a partir del momento de apertura a prueba, respecto del sujeto en cuestión, dejando a salvo su detención, *DESECHA* el recurso en cuanto al recurrente LUIS ENRIQUE GARZON HERRERA y *DISPONE* que ese mismo fallo rija en todas las otras determinaciones que contiene, de condena y de absolución.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio
Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.
Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón

José Amadeo Rey., Of. Mayor.,





HOMICIDIOS, HOMICIDIO FRUSTRADO Y VIOLACION DE DOMICILIO.

La pretermisión de la fecha en el Acta de posesión del defensor de oficio, no afecta en su esencia esa diligencia.— Defensa del acusado.— La solicitud de pruebas es “un acto meramente potestativo” del defensor “o de su cliente”.— Supuesto error en la denominación jurídica de los hechos.— Veredictos del Jurado.—

Acusación a la sentencia, en casación, con fundamento en el ord. 4o. del art. 567 del C. de P. P.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado ANGELINO BASTO BASTO contra la sentencia del 26 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué lo condenó, como responsable, junto con otros sujetos, de tres homicidios, uno de ellos en el grado de frustración, un robo y una violación de domicilio, a la pena de “VEINTE AÑOS DE PRESIDIO” y accesorias consiguientes.

LOS ANTECEDENTES:

La madrugada del 26 de enero de 1962, Jacinto Cruz, conocido con el apodo de “SANGRENEGRA”, y siete sujetos que lo acompañaban, entre ellos Angelino Basto, mataron, en la población de Ambalema, por medio de balazos, a Julio César Melo y a Bárbara Corrales de Torres, lesionaron en la misma forma a la menor Sixta Tulia Melo, penetraron violentamente al domicilio de Alejandrina Ortiz y allí, con el concurso de la fuerza, se apoderaron de unos pares de zapatos y luego abandonaron la población.

El Juzgado 5o. Superior de Ibagué, fundado en éstos hechos, a los que entendió como constitutivos de tres delitos de

homicidio en la modalidad de asesinato, uno de ellos de carácter frustrado, un robo y una violación de domicilio, conforme a auto del 5 de septiembre de 1962, llamó a juicio, entre otros varios, al expresado Angelino Basto, determinación que el Tribunal de la misma ciudad confirmó en su proveído del 17 de julio de 1963.

Ese Juzgado, celebrada la audiencia pública y proferidos los consiguientes veredictos, los cuales fueron, respecto de todos los cinco delitos, simplemente afirmativos, mediante sentencia del 25 de noviembre de 1964, condenó al predicho Basto a la pena de “VEINTE AÑOS DE PRESIDIO” y accesorias del caso, condenación que el Tribunal confirmó en su fallo del 26 de mayo del año pasado.

LA DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada por conducto de apoderado, el recurrente invoca la causal de casación del ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se dictó “en un juicio viciado de nulidad”, tesis que procede a demostrar conforme a estos cargos:

a).— En el Acta de posesión del defensor de oficio se omitió la fecha, lo que hace nula esa diligencia, proclamando que el procesado careció de “defensor legalmente posesionado”, fenómeno que se refleja en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

b).— Respecto del acusado Basto se quebrantó el derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la Carta, en fuerza de que

su defensor de oficio no sustentó "apelaciones", ni tampoco solicitó pruebas en el juicio.

c).— Se incurrió en error y, por lo tanto, en la nulidad prevista en el ordinal 8o. del artículo 198, al darle a los hechos, dentro de la calificación de ellos, la denominación jurídica de homicidio, homicidio imperfecto, robo y violación de domicilio, puesto que, conforme a "las pruebas del proceso", el acusado Basto obró bajo "la coacción física", sin que de su parte hubiera existido "la menor intención de cometer ilícito alguno".

d).— El Tribunal, al abstenerse de declarar contrario a la evidencia de los hechos los veredictos del Jurado, en relación con el procesado Basto, violó los artículos 537 y 554 del C. de P. Penal, incurriendo, de esa suerte, "en una nulidad constitucional", precisamente porque esas "disposiciones constituyen una tutela del derecho de defensa".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, como conclusión de un conciso y adecuado examen de la demanda, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I.— La pretermisión de la fecha en el Acta de posesión del defensor de oficio, aunque constituye una irregularidad, ni siquiera afecta, en su esencia, esa diligencia, puesto que la verdad es que se llevó a cabo la posesión y el defensor, como aparece, entró inmediatamente a ejercer su cargo, comenzando por recibir la notificación del auto de proceder, auto contra el cual interpuso el recurso de apelación.

II.— El sólo hecho de que el defensor se haya abstenido de sustentar la apelación interpuesta contra el auto de proceder no

comproba que el acusado careció de defensa, la cual puede manifestarse y actuar de otros diversos modos.

III.— La solicitud de pruebas, dentro del término correspondiente del juicio, es, como lo ha dicho la Corte, "un acto meramente potestativo" del defensor "o de su cliente". (Sent. julio 26 de 1965).

IV.— El cargo relativo al supuesto error en la denominación jurídica de los hechos, planteado sobre la base de que el procesado, según "las pruebas", obró bajo "coacción física" y sin "la menor intención de cometer ilícito alguno", no tiene cabida dentro de la esfera de la causal 4a. de casación, aunque importa advertir que no se ve que otra denominación podía darse a los hechos atribuidos a Basto y que se reseñaron en párrafos anteriores de esta providencia.

V.— El Tribunal, como lo expresa en el fallo acusado, no encontró razón alguna para declarar contrarios a la evidencia de los hechos los veredictos del Jurado, con relación, en particular al procesado Basto, por lo que, en uso de sus legítimas atribuciones, se abstuvo de hacer esa declaración, solicitada por la defensa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación especificado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julia Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Of. Mayor.

EL PODER OTORGADO PARA ASUMIR LA REPRESENTACION DE UNA PERSONA EN TODOS LOS TRAMITES DEL PROCESO, SIN LIMITACION ALGUNA HASTA SU TERMINACION, COMPORTA LA FACULTAD NO SOLO DE INTERPONER EL RECURSO DE CASACION, SINO DE SUSTENTARLO ANTE LA CORTE.

Si la etapa del juzgamiento como ha dicho la Corte se inicia una vez se encuentre ejecutoriado el auto de proceder (art. 439 del C. de P. Penal), y termina con el trámite de la segunda instancia cuando hay lugar a este grado de jurisdicción, el proceso no finiquita allí si contra la sentencia del juez ad—quem cabe el recurso de casación y se interpone éste, caso en el cual dicha instancia concluye con la ejecutoria del auto que lo concede. Y como en virtud de ese recurso la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada, el proceso continúa con la tramitación y decisión correspondientes al referido recurso. Por eso él no constituye una tercera instancia ni es una prolongación de la etapa del juzgamiento.

Si, pues, el juicio es apenas una parte del proceso, si éste es un todo que lo comprende y lo supera, el poder otorgado para asumir la representación de una persona en todos sus trámites, sin limitación alguna hasta su terminación, como ocurre con el conferido en este asunto, comporta la facultad no sólo de interponer aquel recurso, sino de sustentarlo ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo cinco de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

El señor Procurador Primero ^{1o.} Delegado en lo Penal, pide por el anterior escrito que se invalide el auto de 24 de marzo último, por el cual se declara ajustada a las exigencias legales la demanda de casación formulada por el doctor Hugo Flórez Espinosa, en representación del procesado SANTOS RUIZ BORDA, por estimar que éste no le confirió poder especial para presentarla.

Expresa que en tales circunstancias, es aplicable la doctrina que transcribe de la Corte y que específicamente alude a las

facultades que tiene el defensor de oficio del procesado ausente.

Sin embargo, en la providencia que cita al respecto y que reproduce en algunos de sus apartes, se lee: “Igual cosa ocurre con el poder que confiere el sindicado a su representante judicial: *si únicamente se refiere a las instancias* (Subraya la Sala), carece éste de personería para asistir a su mandante dentro del recurso extraordinario de casación...”.

Ahora bien, el otorgado en este caso se contrae únicamente a las instancias?.

Conviene reproducir para dilucidar este punto, los términos en que fué conferido ese mandato:

“REF.— Expediente por Lesiones Corporales Vs. SANTOS RUIZ BORDA.—

“Señor JUEZ SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE BOGOTA.— E. S. D.—

“Yo, SANTOS RUIZ BORDA, conocido de autos en el negocio de la referencia y detenido actualmente en la Cárcel de Varones de esta ciudad por el delito anotado, de la manera más respetuosa manifiesto a usted que confiero poder especial, pero amplio y suficiente, al doctor HUGO FLOREZ ESPINOSA, abogado inscrito en ese despacho, para que me represente en todos los trámites del proceso hasta su terminación en defensa de los derechos sustantivos y procesales que me correspondan.

“Este mandato no comporta limitación especial alguna y está orientado a obtener mi libertad.

“Ruego al señor Juez proceder de conformidad (f. 73 del primer cuaderno)”.

Sobre ese escrito recayó el día en que fué recibido, el auto que dice:

“Reconócese al doctor Hugo Flórez Espinosa, abogado titulado e inscrito en este Juzgado, como apoderado especial del sindicato Santos Ruiz Borda, en los términos y para los efectos indicados en el anterior poder”.

En la misma fecha tomó posesión de su cargo el doctor Flórez Espinosa quien es abogado inscrito en esta Corte, según aparece de la respectiva constancia Secretarial, y quien desde entonces hasta ahora ha venido ejerciéndolo.

Se considera:

Desde luego que el caso de autos no puede equipararse con el del apoderado o defensor de oficio cuyas funciones señala y delimita la ley. Tampoco con el del apoderado o defensor designado por el procesado a quien ésta o el mismo en el mandato conferido circunscribe su acción asistencial a las instancias.

En este evento, el poder otorgado al abogado Hugo Flórez Espinosa, no tiene limitación alguna.— En él, al contrario, se expresa que no comporta ninguna especial restricción. Que se confiere para que dicho abogado represente al sindicado en todos los trámites del proceso hasta su terminación en defensa de la totalidad de los derechos que puedan corresponderle.

Uno de esos trámites es el que conlleva el recurso de casación.

Si la etapa del juzgamiento como ha dicho la Corte se inicia una vez se encuentre ejecutoriado el auto de proceder (artículo 439 del C. de P. Penal), y termina con el trámite de la segunda instancia cuando hay lugar a

este grado de jurisdicción, el proceso no finiquita allí si contra la sentencia del juez ad—quem cabe el recurso de casación y se interpone éste, caso en el cual dicha instancia concluye con la ejecutoria del auto que lo concede. Y como en virtud de ese recurso la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada, el proceso continúa con la tramitación y decisión correspondientes al referido recurso. Por eso él no constituye una tercera instancia ni es una prolongación de la etapa del juzgamiento.

Si, pues, el juicio es apenas una parte del proceso, si éste es un todo que lo comprende y lo supera, el poder otorgado para asumir la representación de una persona en todos sus trámites, sin limitación alguna hasta su terminación, como ocurre con el conferido en este asunto, comporta la facultad no sólo de interponer aquel recurso, sino de sustentarlo ante la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la solicitud a que se contrae esta providencia y ORDENA devolver el proceso al Ministerio Público para los fines indicados en el auto cuya nulidad se pidió.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Oficial Mayor.*

COMPLICE NECESARIO DEL DELITO DE PECULADO

En qué consiste el factor tenencia.— La confesión según doctrina de los expositores de Derecho Procesal Penal.

1.— *El factor tenencia, implícito en las funciones de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar” caudales u otros bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que aquél tenga parte, para los fines del peculado, consiste, como lo enseña Antolisei, “en la posibilidad de disponer, fuera de la esfera de vigilancia de otros, de la cosa, sea en virtud de una situación de hecho, sea como consecuencia de la función jurídica desempeñada por el agente en el ámbito de la administración”.*

2.— *La Corte, en forma por demás clara y precisa, ha señalado, siguiendo la doctrina de los expositores de Derecho Procesal, que se entiende por confesión “el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindicó”.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado SALIM BARJUM ALJURE contra la sentencia del 4 de diciembre de 1964, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo condenó, en el carácter de cómplice necesario del delito de peculado, cometido por Carlos Alberto Sandoval, a la pena de “CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PRESIDIO”, imponiéndole, además, las accesorias consiguientes.

LOS ANTECEDENTES:

Desde el 28 de febrero de 1956 hasta el 5 de diciembre de 1957, CARLOS ALBERTO SANDOVAL, antiguo empleado del Banco del Estado de Popayán, desempeñó el cargo de

SECRETARIO CONTADOR en la Sucursal de esa entidad en Puerto Tejada, dependencia donde tenía cuenta corriente SALIM BARJUM ALJURE, sujeto que en los comienzos del año últimamente citado, previo entendimiento con aquel empleado, abrió otra cuenta corriente en el Banco de Colombia de Cali, entregándose en seguida a girar contra ella, en crecidas cantidades, cheques a su favor, los cuales consignaba, en el propósito aparente de que se remesaran para su cobro a Cali, en la expresada Sucursal, donde Sandoval los retenía y luego, a sabiendas de que carecían de fondos, terminaba por abonarlos, en dinero efectivo, a la cuenta de Salim Barjum Aljure, no sin haber adulterado, conforme a los fines de esa maniobra fraudulenta, libros de contabilidad, comprobantes de remesas y recibos de reconciliaciones. De esta manera el Banco del Estado sufrió, en provecho de los dos mencionados individuos, un desfalcó que ascendió a \$188.500.00.

El Juzgado 5o. Superior de Bogotá, al que correspondió el proceso en virtud de cambio de radicación, fundado en estos hechos, interpretados en los alcances de configurar el delito de falsedad y el de peculado, en consideración a que en aquél Banco tiene parte el Departamento del Cauca, mediante auto del 8 de junio de 1961, llamó a juicio, en el carácter de autor de esos delitos, a CARLOS ALBERTO SANDOVAL, y en calidad de cómplice necesario del peculado, a SALIM BARJUM ALJURE, determinación que el Tribunal de la misma ciudad confirmó en su proveído del 25 de octubre de 1963.

Ese Juzgado, culminados los trámites del juicio, en sentencia del 11 de febrero de 1964, condenó al procesado Sandoval, en razón de los dos delitos especificados, a la pena principal de “SIETE AÑOS DE PRESIDIO”,

y a Salim Barjum Aljure, como responsable, en la modalidad señalada, del precitado delito de peculado, a la pena de "CUATRO AÑOS Y OCHO MESES DE PRESIDIO", lo mismo que a las accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 4 de diciembre, a su vez del año en cuestión.

LA DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada por conducto de apoderado, el recurrente invoça las causales de casación de los ordinales 4o., 2o., y 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

CAUSAL CUARTA:

Al amparo de esta causal se pretende que la sentencia acusada se pronunció "en juicio viciado de nulidad", la que, en sentir del impugnador, se configura, sin duda alguna, porque en la calificación de los hechos, relativos a la apropiación de los fondos del Banco, se incurrió en el error de tenerlos como integrantes del delito de peculado, sin reparar en que a cargo del procesado Sandoval, teniendo en cuenta el reglamento de la institución, no se encontraban las funciones de "recaudar, administrar o guardar" esos fondos, condición que era absolutamente indispensable para que pudiera surgir, conforme a sus necesarios presupuestos jurídicos, el indicado delito. Ese error estuvo "en el auto de proceder" y consistió "en imputar en la parte resolutive", tanto a Sandoval, en el carácter de autor, como a Salim Barjum Aljure, en la modalidad de cómplice necesario, un delito no comprobado en el proceso, el de peculado, en lugar del de abuso de confianza, que es el que aparece establecido.

CAUSAL SEGUNDA:

En la esfera de esta causal el recurrente sostiene que en la sentencia debatida, contra las prescripciones del artículo 255 del C. de P. Penal, que resultó violado, se negó a la confesión de Salim Barjum Aljure el valor probatorio que tiene y de este modo se le llevó a una imputación de peculado que, de haberse atendido aquella, no habría cabido, cargo para cuya demostración se reproduce, en sus pasos principales, la indagatoria del mencionado sujeto, quien declara y repite,

después de aceptar que, en realidad, giró los cheques al descubierto, que ello se debió a que el procesado Sandoval, como Secretario del Banco, tomando la iniciativa, lo autorizó para sobregirarse, adquiriendo, de esta suerte una deuda que se apresuró a "garantizar", desde el momento en que inició los "sobregiros", mediante el giro de "cheques en blanco" que entregó a Sandoval, de los que no sabe "por qué valor fueron llenados" antes de formularse la denuncia, la cual le extrañó, teniendo en cuenta "que en Colombia no hay prisión por deudas" y porque entiende "que un sobregiro es una deuda que contrae uno con el Banco".

El impugnador señala, de otro lado, que la sentencia tampoco tuvo en cuenta el dictamen pericial que obra en autos, relativo a la vieja y generalizada costumbre del Banco "de conceder sobregiros a sus clientes más conocidos y de mayor solvencia", el cual "venía a demostrar que Salim Barjum al obrar como obró, no sólo lo hacía debidamente autorizado sino siguiendo con ello una costumbre, pretermisión que implicó la violación de los artículos 256, 204 y 268 del C. de P. Penal.

CAUSAL PRIMERA:

Con apoyo en esta causal, el demandante afirma que el fallo acusado es violatorio, "por indebida aplicación", del artículo 3o. del Decreto 1858 de 1951 y de los artículos 19 y 58 del Código Penal, lo que resulta de haber condenado a Salim Barjum como cómplice necesario de un delito, el de peculado, atribuido en autoría al procesado Sandoval, que sólo a través de errónea apreciación de pruebas se pudo estimar acreditado en el informativo.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de un amplio y cuidadoso estudio de la demanda, realizado en consideración a las tres causales invocadas y a los cargos que se presentan para fundamentarlas, solicita, como conclusión, que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).— El factor *tenencia*, implícito en las

funciones de "recaudar, o pagar, o administrar, o guardar" caudales u otros bienes del Estado o de Empresas o Instituciones en que aquél tenga parte, para los fines del peculado, consiste, como lo enseña Antolisei, "en la posibilidad de disponer, fuera de la esfera de vigilancia de otros, de la cosa, sea en virtud de una situación de hecho, sea como consecuencia de la función jurídica desempeñada por el agente en el ámbito de la administración", concepto que comparte Bernal Pinzón, cuando dice:

"Contrariamente a cuanto se piensa por nuestros Magistrados y Jueces, no es necesario que los 'caudales u otros bienes', que constituyen —como se ha dicho y repetido— el objeto material del peculado, los tenga el funcionario con una tenencia *material* o directa, sino que puede existir en relación con tales bienes la llamada *disponibilidad jurídica*; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el funcionario público".

b).— El procesado Sandoval, en su carácter de SECRETARIO CONTADOR del Banco, tenía como funciones, según el Reglamento, entre otras, la de revisar diariamente los libros *Diario y Mayor*, los libros auxiliares, las remesas recibidas de otros bancos, la de revisar todas las papeletas de contabilidad producidas por las diferentes secciones del Banco, la de revisar y controlar las comisiones de las remesas negociables, la de revisar los libros y todos los comprobantes confeccionados, la de comparar el libro de bancos del país con los extractos producidos y la de hacer "las reconciliaciones con la Oficina Principal y con todos los bancos que tienen cuenta con esa Sucursal".

c).— Estas funciones, estrictamente reglamentarias, hacen ver que el procesado Sandoval se encontraba, con relación a los caudales del Banco, dentro de esa "*disponibilidad jurídica*" que *determinaba, al apropiárselos, en provecho suyo y de Salim Barjum*, no la consumación de un delito de abuso de confianza, sino de peculado, como aparece afirmado a través de la sentencia acusada, de la cual importa transcribir el siguiente aparte:

"Se ha discutido si Sandoval Ordoñez podía ser sujeto activo del delito de peculado o simplemente de un delito contra la propiedad. Pero si se tiene en

cuenta que hay evidencia plena de que este sujeto tenía el control del recibo de cheques contra otras plazas, es indudable que tenía funciones de guardar, cuidar y administrar esos fondos, en tal forma que por razón de ellas pudo apropiarse de los mismos, adulterando el control que él mismo llevaba, pues de otra manera hubiera sido prácticamente imposible la malversación de ese dinero. Precisamente el encargado de recibir y controlar cheques o remesas contra otras plazas, parece ser el único empleado que podía ser sujeto activo del delito de peculado en el caso de estudio. Y a propósito de lo alegado por Sandoval, de que no era "empleado de manejo", es necesario recordar que de conformidad con lo estatuido por el artículo 3o. del Decreto Extraordinario 1858 de 1951, las funciones taxativas enumeradas por el artículo 151 del Código Penal, quedaron ampliadas a todo lo que signifique control de fondos públicos, lo cual implica su recibo, administración, cuidado, guarda, etc. Por esto, no es necesario acreditar que el empleado es de manejo, mediante el otorgamiento de una fianza, porque si así fuera muchos funcionarios que no han rendido ese requisito, pero que tienen aquellas funciones, quedarían al margen del peculado, a pesar de estructurarse todos los elementos de este delito, como sucede en el caso de estudio" (fl. 1215, cuad. 10o.).

d).— No existe, según las razones consignadas, ningún error en la calificación jurídica de los hechos concernientes a la apropiación de los caudales del Banco y, por lo tanto, no puede prosperar la causal 4a. de casación.

e).— La Corte, en forma por demás clara y precisa, ha señalado, siguiendo la doctrina de los expositores de Derecho Procesal, que se entiende por confesión "el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindicó".

f).— Es evidente, por lo tanto, que Salim Barjum no hizo, a lo largo de sus exposiciones de indagatoria, ninguna confesión, puesto que allí lo único de que habló, sobre la base de negar cualquier actividad delictuosa, fué de un contrato de sobregiro, concertado con el

procesado Sandoval, contrato que terminó por colocarlo en la condición de deudor de la Sucursal del Banco del Estado en Puerto Tejada.

g).— Es apenas obvio, por lo demás que ese contrato de sobregiro, en que tanto recalca Salim Barjum Aljure en cada uno de los pasos de su indagatoria, carece de sentido y de suyo se comprende que es una simple ficción del procesado, hecho que se demuestra con la observación elemental de que los cheques sobregirados los expidió el predicho sujeto, sin ninguna excepción, contra el Banco de Colombia en Cali, institución con la que Sandoval nada tenía que ver.

h).— Conviene anotar, por último, que Salim Barjum, como se indicó en el enjuiciamiento y lo proclaman las diversas pruebas del proceso, “sabía que los dineros del Banco del Estado entraban inmediatamente en su cuenta corriente; sabía que Sandoval era el Secretario del Banco; abrió cuenta en el Banco de Cali, precisamente para poder realizar el delito con las chequeras que sirvieron para girar los instrumentos respectivos con los cuales se obtuvo su ganancia ilícita; sabía que al girar sus cheques contra el Banco de Cali, no estaba haciendo un sobregiro puesto que ese banco

nunca se lo autorizó ni tampoco el del Estado de Puerto Tejada; sabía que no tenía dineros con qué responder, y todo lo dicho lleva a la conclusión de que debe responder el señor Barjum como cómplice necesario del delito de peculado...”.

i).— De lo anterior se sigue que tampoco puede prosperar la causal 2a. de casación.

j).— La causal 1a. se invoca como consecuencia de la 2a. y entonces, no prosperando ésta, aquella tampoco puede tener éxito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *DESECHA* el recurso de casación especificado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Of. Mayor.*

ALCANCE Y LÍMITES DEL FUERO CASTRENSE

Ejercicio de la función jurisdiccional.— Agentes, órganos o jurisdicciones autorizados válidamente por la Constitución para ejercerla.— Jurisdicción militar.— La jurisdicción penal militar no tiene competencia para conocer de los delitos cometidos por quienes no son militares en servicio activo.— Incompatibilidad entre disposiciones del Código de Justicia Penal Militar y el art. 170 de la Carta.— La Corte ratifica su doctrina sobre aplicación preferente de normas de carácter constitucional a otros preceptos legales.— Sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

1.— *La función jurisdiccional —ha dicho la Corte— sólo puede ejercerse válidamente por los agentes, órganos o jurisdicciones autorizados al efecto por la Constitución Nacional, en la medida y límites establecidos en ella.*

Dentro de los ordenamientos de las ramas del Poder Público, la Carta atribuyó preferentemente dicha función a una jerarquía compuesta por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores, los Jueces de Circuito, los de Menores y los Municipales, conformando así (artículos 147 y ss.) la jurisdicción que pudiera llamarse común u ordinaria. En este sentido, con mayor precisión el artículo 58 declara: "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia".

Y cuáles son los "demás Tribunales y Juzgados" que "administran justicia"?

La respuesta la da el mismo texto: Los "que establezca la ley", pero no a su arbitrio, sino con sujeción a la pauta señalada al efecto por la Constitución. En esta forma, por mandato del artículo 164, la ley puede crear tribunales de comercio y tribunales y juzgados del trabajo como de hecho se crearon éstos.

Además, la propia Carta, entre las atribuciones del Consejo de Estado, prescribió en el artículo 141, le asignó la de "Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

La fundamental creó igualmente (artículo 214) la "jurisdicción constitucional", con la salvedad de que corresponde (artículo 216) a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de determinados decretos del Gobierno.

También la Constitución dispuso (artículo 217) que "la ley establecerá y organizará un tribunal de conflictos, encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa", y además le atribuyó al Senado (artículos 58, 96

y 97) "determinadas funciones judiciales".

2.— *En cuanto a la jurisdicción militar preceptúa (artículo 170) que "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".*

Sobre este particular, véase el auto de esta Sala del 3 de mayo de 1963.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por sentencia de 30 de septiembre de 1964 el Tribunal Superior Militar confirmó la de 22 de junio anterior del Comando del Ejército, que condena a MIGUEL ANGEL AMAYA RODRIGUEZ, a CLEMENTE BAQUERO VELANDIA, como responsables del delito de falsedad, y a DARIO PERDIGON FLOREZ como reo de este mismo delito y del de cohecho, a las penas principales de cuarenta y dos meses de presidio para cada uno de los dos primeros, y de cuarenta para el último, y a las accesorias correspondientes, aclarando que la relativa a la patria potestad no es de suspensión sino de pérdida.

Contra esa sentencia interpuso Baquero Velandia recurso de casación que le fué concedido por auto de 11 de diciembre siguiente.

Admitido él, se procede a desatarlo,

cumplidas las demás formalidades previas a la decisión definitiva.

HECHOS Y ACTUACION:

Tras de advertir que con posterioridad al pronunciamiento del auto de proceder no se produjeron pruebas que alteraran la situación jurídica de los acusados, o que implicaran cambios en la fisonomía del expediente o introdujeran cualquier variación en la objetividad de los delitos investigados, se resume así en la sentencia recurrida los hechos que fueron objeto de la investigación:

“Parece que en el mes de julio de 1960 el ciudadano Jorge Enrique Castillo Rondón decidió visitar la oficina del señor Clemente Baquero en esta ciudad con el fin de retirar una libreta militar de segunda clase que dicho señor se había comprometido a conseguir, pidiéndole al señor José Cosme Torres y al Sargento Darío Fajardo que lo acompañara o quizá aprovechó que estos señores tomaban la misma dirección para pedirles o solicitarles su compañía. Castillo Rondón entró a la oficina de Baquero, y Torres y el Sargento Fajardo permanecieron fuera de ella esperando. Sin embargo como Castillo Rondón se demorara más de la cuenta, Torres decidió investigar las causas de la demora y al trasponer la puerta de entrada a la oficina de Baquero se dió cuenta que éste estaba imprimiendo las huellas digitales de Castillo Rondón en la libreta militar del citado Castillo. Torres no encontró normal eso de que en una oficina particular se estuvieran fijando huellas digitales en una libreta y comunicó al Sargento Fajardo su impresión. El Sub-oficial algo advirtió de anormal en la libreta, le solicitó a Castillo que la dejara en su poder y tan pronto pudo la presentó al Comandante del Servicio Territorial Coronel Francisco Gómez Laverde. Este ordenó que se investigaran administrativamente las posibles anomalías que acompañaron la expedición de la libreta militar de Castillo Rondón y comisionó al Capitán Manuel J. Joves Fiallo, Comandante de la Cuarta Zona de reclutamiento, para que adelantara las averiguaciones pertinentes. El Capitán Joves Fiallo, a su

vez, encargó al Teniente Hernando González Aristizábal, Comandante del Distrito Militar Treinta de la misma Zona Cuarta para averiguar lo que pudiera haber de anormal en la expedición de las libretas. En último término fué el señor Miguel Angel Amaya Rodríguez quien, por encargo del Teniente González Aristizábal, tuvo a su cargo la averiguación relacionada con la existencia del Acta distinguida con el número 2 y por la cual la Junta Municipal Territorial de la Dorada había clasificado al señor Castillo Rondón. Cuando Amaya Rodríguez informó al señor Teniente González Aristizábal que esa Acta no se había encontrado en la Recaudación de Hacienda Nacional de La Dorada, ni el original o copia de la misma se hallaba en el Comando de la circunscripción, el Teniente González levantó investigación administrativa, al final de la cual estableció que no sólo la libreta militar de segunda clase expedida a Jorge Enrique Castillo Rondón, sino doce (12), habían sido confeccionadas en forma irregular y con base en una Acta que no aparecía por parte alguna. Las conclusiones a que llegó el Teniente González Aristizábal fueron comunicadas al Coronel Jefe del Servicio de Reclutamiento y Movilización por el Capitán Joves Fiallo en informe reservado escrito en Cali el 25 de agosto de 1960. En tal informe se asegura que nada en concreto se ha podido establecer, a no ser la inexistencia del Acta No. 2 del 7 de abril de 1960, con base en la cual se expidieron trece libretas militares de segunda clase. Pide que se nombre un investigador y se traslade el Comandante de la circunscripción Miguel Angel Amaya Rodríguez “por considerar que puede estar comprometido con el Recaudador o Liquidador de la Recaudación del citado Municipio”.

Por tales hechos se oyeron en declaraciones de inquirir, como se dice en el auto calificadorio del mérito de la investigación, a Miguel Angel Amaya Rodríguez, quien por los días de autos desempeñaba el cargo antes indicado, conforme se acreditó con la copia del Acta de posesión (f. 86) y el extracto de la Hoja de Vida (f. 87); a Clemente Baquero

Velandia, particular y a Darío Perdigón Flórez, Comandante de la Circunscripción Militar de Guaduas, como también al particular Marco Julio Villada Palacio.

Los tres primeros fueron por ese mismo auto, proferido el 30 de julio de 1962 por el Comando del Ejército, llamados a responder en juicio. Al último se le amparó con decreto de sobreseimiento definitivo.

El cargo que en dicha providencia se le hizo a Clemente Baquero Velandia fué el de haberle prestado a Miguel Angel Amaya Rodríguez en la comisión del delito de falsedad en documentos militares que a ambos se atribuye, una cooperación sin la cual no hubiera podido perpetrarse.

Por su parte el Tribunal Superior Militar, tras de reafirmar en diversas providencias su fuero para juzgar al particular Clemente Baquero Velandia, en la de 29 de octubre de 1963 confirmó la vocación a juicio de éste y de Amaya Rodríguez, con las aclaraciones consignadas en su parte motiva, esto es, que conforme al artículo 32 del Código de Justicia Penal Militar fué continuado el delito de falsedad en mención y que el imputado es específicamente el previsto en el numeral 2o., literal 1o.) del artículo 177 ibidem.

En firme el auto de proceder, se convocó a Consejo de Guerra ordinario, se sortearon los Vocales y se celebró la audiencia pública, proponiéndoles a éstos los cuestionarios que debían absolver en tal acto. En el referente a Clemente Baquero Velandia se concretó así el cargo que se le hizo en las providencias enjuiciatorias:

“El acusado, particular CLEMENTE BAQUERO VELANDIA, es responsable, SI o NO, de haber prestado a MIGUEL ANGEL AMAYA RODRIGUEZ una colaboración sin la cual éste no hubiera podido fabricar o hacer varios documentos falsos destinados a producir efectos militares o probatorios en el Ramo de Guerra (Matrículas y Libretas Militares), en la que se revela la ejecución de un mismo designio, hechos sucedidos en el Municipio de La Dorada (Caldas), en los primeros meses del año de 1960?”

Tal cuestionario fué por mayoría de votos absuelto afirmativamente, y sobre esa respuesta se funda la sentencia que es objeto del recurso en lo que a Baquero Velandia se refiere.

LA DEMANDA

Se relaciona en élla la actuación procesal cumplida en lo que atañe al recurrente; se aduce para pedir la infirmación del fallo; la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 597 del Código de Justicia Penal Militar, pues se considera que esa sentencia es violatoria de la ley procedimental, en virtud de haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción; se señala como fundamento de la referida causal, el artículo 170 de la Constitución Nacional, en cuanto limita la jurisdicción penal militar al conocimiento de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio; se invoca al respecto lo que esta Corte doctrinalmente ha expresado en varias ocasiones sobre el alcance de aquella disposición y cómo el fuero militar está circunscrito en tiempo de paz a lo preceptuado en élla, no pudiendo extenderse a los particulares que tienen el suyo propio, y se concluye que siendo Clemente Baquero Velandia un simple particular por la época de los hechos investigados, al juzgársele conforme aquel fuero se incurrió en la referida causal de nulidad.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DE LAS FUERZAS MILITARES.

Se sostiene en él que es indudable que el artículo 170 consagra el fuero militar, pero que las leyes y decretos extraordinarios han venido disponiendo que los delitos contemplados en el Código Militar cometidos por particulares, sean juzgados militarmente en conformidad con tales ordenamientos por cuanto los jueces ordinarios no podrían aplicarles a éstos las sanciones establecidas en dicho Código.

En apoyo de lo anterior, el Procurador cita algunos ordinales del artículo 307 de tal estatuto, según los cuales están sometidos a la jurisdicción penal militar, los particulares que cometan delitos definidos en ese código o específicamente previstos para ellos en el mismo o cuando forman parte de las Fuerzas Armadas. Agrega que el artículo 13 “reza que cometen delito militar y son responsables penalmente conforme al presente Código las

personas que ejecuten cualquiera de las infracciones previstas en él salvo las excepciones que expresamente se consagren”.

Con igual finalidad transcribe el concepto emitido por el despacho a su cargo el 19 de abril de 1963 en el cual, a través de los antecedentes legislativos que se relacionan y de la cita que se hace del tratadista mejicano Ricardo Calderón Serrano, se sustenta la misma tesis de la extensión del fuero castrense a los particulares en los casos en que la ley o el código del ramo lo determine.

Invoca también lo que el Tribunal Superior Militar ha sostenido reiteradamente en el mismo sentido, esto es que, “Aunque el artículo 170 de la Constitución estatuye que de los delitos cometidos por los militares en servicio activo conocerán las Cortes marciales o Tribunales Militares, ello no se opone a que la ley extienda esa competencia a otras personas que no forman parte, en actividad, del ejército, o que no son sino empleados de éste y aún simples particulares. La Constitución en este artículo quiere dar una garantía a los militares, pero puede comprender también a los que no son militares”, y añade:

“De todo lo anterior, se aprecia, que la competencia de los jueces para conocer determinados delitos no emana directamente de la Constitución política, sino de la ley que la señala de acuerdo con la naturaleza del hecho penal cometido o por razón del territorio donde tuvo ocurrencia o por la calidad del sujeto activo de la infracción. De ahí que el legislador haya extendido o ampliado la jurisdicción penal militar al atribuirle la facultad para conocer de otros delitos que cometan los no militares, porque como ya se dijo, por su naturaleza afectan la administración o los intereses o los bienes o la disciplina o el mismo servicio de las Fuerzas Militares. Es obvio que la falsedad de libretas militares afecta tales bienes jurídicos”.

Pide en consecuencia, que no se case la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El problema planteado en el caso sub-judice se reduce en realidad a fijar el alcance y los límites del llamado fuero castrense.

La Sala ha definido esta cuestión en diversas providencias con razones que es necesario repetir en ésta.

La función jurisdiccional —ha dicho— sólo puede ejercerse válidamente por los agentes, órganos o jurisdicciones autorizados al efecto por la Constitución Nacional, en la medida y límites establecidos en ella.

Dentro de los ordenamientos de las ramas del Poder Público, la Carta atribuyó preferentemente dicha función a una jerarquía compuesta por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores, los Jueces de Circuito, los de Menores y los Municipales, conformando así (artículos 147 y ss.) la jurisdicción que pudiera llamarse común u ordinaria. En este sentido, con mayor precisión el artículo 58 declara: “La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia”.

Y cuáles son los “demás tribunales y juzgados” que “administran justicia”?

La respuesta la da el mismo texto: Los “que establezca la ley”, pero no a su arbitrio, sino con sujeción a la pauta señalada al efecto por la Constitución.

En esta forma, por mandato del artículo 164, la Ley puede crear tribunales de comercio y tribunales y juzgados del trabajo como de hecho se crearon éstos.

Además, la propia Carta, entre las atribuciones del Consejo de Estado, prescritas en el artículo 141, le asignó la de “Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso—Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”.

La fundamental creó igualmente (artículo 214) la “jurisdicción constitucional”, con la salvedad de que corresponde (artículo 216) a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de determinados decretos del Gobierno.

También la Constitución dispuso (artículo 217) que “La Ley establecerá y organizará un Tribunal de Conflictos, encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa”, y además le atribuyó al Senado (artículos 58, 96 y 97) “determinadas funciones judiciales”.

En cuanto a la jurisdicción militar preceptúa (artículo 170) que “De los delitos

cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Textualmente la Corte agregó en la providencia a que se viene aludiendo (Sala Penal, Auto del 3 de mayo de 1963):

“Se reconoció, pues (por dicha norma), un fuero especial a los militares; pero limitado exclusivamente, a cuestiones penales, siempre que se trate de delitos cometidos en actividad de tal índole, “o en relación con el mismo servicio”.

“En cuanto al procedimiento y demás garantías que hicieran efectivo dicho fuero, el constituyente lo refirió al estatuto que, consecencialmente, es el indicado para consagrarlos: un código penal militar.

“Pero tal referencia no significa, dentro de una sana interpretación que puedan incluirse, dentro de dicho código, procedimientos aplicables a los particulares EN TIEMPO DE PAZ. Ello conduciría a destruir bajo pretextos más o menos convencionales, todo el sistema jurisdiccional esbozado por el constituyente, y a desvirtuar la finalidad excepcional de la norma superior, relativa sólo a la prerrogativa de que los militares que cometan delitos “en servicio activo o en relación con el mismo servicio”, sean juzgados por sus propios compañeros de profesión.

“El fuero militar es, exclusivamente, eso: una jurisdicción especial para ellos, que la Constitución no autorizó se extendiera a los particulares. Es inviolable, pues sería contrario a la misma Constitución el que conocieran los tribunales ordinarios de los delitos de los militares. Pero es también limitado, no sólo en cuanto sólo se refiere al juzgamiento por delitos y excluye del fuero las causas civiles, sino también en cuanto no se extiende a los particulares.

“Estos, frente a la Constitución, también tienen su propio fuero, que, aunque no se consagró como prerrogativa o privilegio sí constituye una garantía: la jurisdicción común u ordinaria, que es, en sentido general la de los Tribunales “competentes” de que

habla el artículo 26 de la Carta.

“El Tribunal “competente” a que se refiere dicho texto, no puede ser otro que la jurisdicción constituida o creada por las leyes, con respecto de las disposiciones constitucionales. Estas, como acaba de verse, no autorizan tribunales militares o jurisdicciones de este carácter, sino para conocer de los delitos cometidos por las personas de tal profesión o calidad. Luego las normas legales que atribuyan a esa jurisdicción especial o extraordinaria el juzgamiento penal de los particulares, pugnan con la Carta y carecen de fuerza obligatoria. Rige tales casos el artículo 215 de la misma Carta, conforme al cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. (Sala de Casación Penal, Auto del 24 de mayo de 1960).

“En un régimen democrático y republicano unitario, como el que impera en el país, inspirado en el principio de la igualdad ante la Ley, que abolió los antiguos y numerosos privilegios otorgados a ciertas personas o corporaciones para ser juzgados por sus pares, la jurisdicción ordinaria, lo mismo en el orden civil que en el penal, viene a ser el origen de todas las demás; y en virtud de la prioridad que de éste principio se deriva, debe ser, y en efecto es, la única competente para conocer de todos los juicios criminales, cualquiera que sea la persona delincuente y la naturaleza del delito que se trate de sancionar, excepto que exista disposición expresa en contrario, pues por razones poderosas de interés social o de conveniencia pública, derivadas de diversos motivos, el constituyente o el legislador ha tenido que mantener o crear algunas limitaciones a la regla general, en consideración a las altas o especiales funciones que desempeña el presunto culpable y a ciertas particulares circunstancias del acto justificable.

“Una de las excepciones al principio de la prioridad de la justicia ordinaria es la consagrada por el artículo 170 de la Constitución, que estableció el llamado fuero especial castrense. . .”.

“De lo dicho se desprenden las

siguientes conclusiones:

“a) — Que por haberse establecido el fuero especial militar por medio de una norma constitucional, y por ser ésta de superior jerarquía, a élla debe acudirse, principalmente, cuando se trate de fijar en un caso dado el alcance y los límites de dicho fuero.

“b) — Que por ser el fuero castrense una norma de competencia especial y excepcional, que contraría el principio de la prioridad de la justicia ordinaria, debe interpretarse restrictivamente, ciñéndose a los precisos términos del texto constitucional, sin darle a éste extensión analógica.

“c) — Que de acuerdo con este texto constitucional, dicho fuero especial únicamente ampara a los militares en servicio activo, pero sólo cuando debe juzgárseles por delitos cometidos con ocasión del ejercicio del servicio militar.

“d) — Que cualquier disposición legal o del C. Penal Militar que haga extensivo el fuero especial castrense a personas, a hechos o situaciones no comprendidas en el artículo 170 de la Constitución, es incompatible con este artículo, y por lo tanto, debe darse aplicación preferente a lo dispuesto en esta norma, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 215 de la misma Carta.

“e) — En consecuencia de lo expuesto, se concluye que en caso de verdadera duda es competente siempre la justicia ordinaria, porque ésta, por su natural preferencia, debe conocer de todos los delitos y juzgar a todas las personas que no estén *sustraídas* a su competencia, pues para que pueda atribuírse a una jurisdicción especial el conocimiento de un proceso, es preciso que ese caso de excepción le esté reservado por declaración expresa de la Constitución o de la Ley, no siendo bastante para suplir la omisión de estas normas establecer casos y supuestos por razón de analogía”.

Resulta así, a la faz de lo expuesto, que siendo Clemente Baquero Velandia un simple particular, que no tenía para la época de los hechos investigados ni aún el carácter de funcionario al servicio del Ministerio de Guerra, no podía ser juzgado, en razón de

tales hechos, por la justicia castrense, ya que las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar que se invocan para extender, en tiempo de paz, su fuero a los civiles, pugnan, como se ha dicho, con los ordenamientos de la Carta y carecen, por tanto, de fuerza obligatoria.

Siendo esto así, precisa resolver ese conflicto de normas de inferior y superior jerarquía, conforme a lo previsto en el artículo 215 de la Ley de leyes.

Esta, en virtud de la supradicha calidad del recurrente y por mandato de su artículo 170, sustraía del conocimiento de la jurisdicción penal militar el delito que al mismo le fuera atribuído.

La justicia castrense actúo, por tanto, sin competencia para ello, lo que quiere decir, que la sentencia impugnada es, por tal motivo, violatoria de la ley procedimental, pues se pronunció en un juicio que resulta por el mismo concepto, viciado de nulidad. De él debió conocer, pues, la justicia ordinaria.

Además, el hecho que en este proceso se atribuye a Clemente Baquero Velandia, está definido como delito de falsedad no sólo en el Código de Justicia Penal Militar sino en el Penal común. Sólo que aquél se refiere específicamente, en el evento de autos, a la contrafacción de documentos falsos destinados a producir efectos militares ó probatorios en el ramo de Guerra (artículo 177), mientras que éste comprende toda clase de documentos públicos (artículo 231), inclusive aquellos, como es obvio.

No se trata, por consiguiente, de un delito que, por su propia naturaleza, no puede ser juzgado y sancionado por la justicia penal ordinaria, conforme a las leyes que la rigen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida en su parte impugnada y ORDENA devolver el expediente por conducto del Tribunal de origen al Comando del Ejército, para que, en lo que concierne al sindicado Clemente Baquero Velandia se reponga el procedimiento desde el auto en que se dispuso la clausura de la investigación, a cuyo efecto se compulsarán las copias necesarias y se remitirán al juez competente, que en este caso es el Penal Municipal de la Dorada (repartimiento).

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase.

Samuel Barrientos Réstrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio

Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.



**SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. EFREN OSEJO
PEÑA AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR.**

SALVAMENTO DE VOTO.

Por no compartir los fundamentos del fallo anterior, me permito enumerar algunas de las razones de mi disenso:

1o.— Como es obvio, la competencia se determina, juntamente con otros elementos, por razón de la materia; y así surge la primera distribución de litigios o causas, que de acuerdo con su contenido serán civiles, penales, de aduanas, militares, laborales, etc., atribuídos por la ley, en general, a distintos funcionarios, para de este modo buscar la especialización; sin embargo, esta competencia funcional por razón de la materia no implica ningún privilegio o excepción, sino algo general para todos los que se hallen en la misma situación objetiva definida previamente por la ley;

2o.— Imperativamente ordena el art. 171 de la Constitución que “de los delitos cometidos por los militares en servicio activo, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal”; pero esta norma no prohíbe ni expresa ni tácitamente, que los particulares que cometan un delito de carácter militar como coautores, cómplices, encubridores, etc. sean juzgados por los tribunales penales comunes, sino que la ley puede, sin violar la Carta, ordenar el juzgamiento en el mismo proceso y ante los Tribunales Militares;

3o.— En este caso, como el delito de falsedad en la expedición de libretas tiene por objeto “producir efectos militares” (art. 177 del C. de J. P. M.), no puede remitirse a duda

que Clemente Baquero Velandia cometió un delito militar que debe ser juzgado por los tribunales competentes, *por razón de la materia*, como así se ha hecho en el juicio cuya sentencia definitiva ha sido recurrida en casación, que la Corte anula por una supuesta inconstitucionalidad de las leyes que le dan competencia a tales funcionarios, no obstante, como se vió, el art. 171 citado expresamente ordena adelantar el juzgamiento “con arreglo a las disposiciones del Código Penal Militar”, o sea, la Carta se remite a lo dispuesto por la ley en relación con la conexidad de los delitos, organización de los tribunales, competencia territorial, personal y material, (a. 13 P. Militar).

4o.— Por último, al negar la Corte competencia a los tribunales militares para el juzgamiento de delitos militares cometidos por civiles, rompe la continencia de la causa, para dar margen a que dicten sobre los mismos hechos sentencias contradictorias, como podría ocurrir en este proceso si Baquero Velandia fuera absuelto, a la vez que los otros coautores militares quedan condenados.

Como en otros salvamentos me he visto en la penosa necesidad de exponer las razones de mi disenso, no me parece indispensable aducir otras razones, como las muy juiciosas que expone el A. del M. P. en el ramo militar.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

DELITOS DE FALSEDAD EN INSTRUMENTOS NEGOCIABLES Y ESTAFA, EN CONCURSO MATERIAL.

Autenticidad y categoría del instrumento público y del instrumento negociable.— Equiparación entre estos dos delitos a tenor de lo dispuesto en el art. 233 del C. P.— La falsedad en instrumentos negociables participa del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos.— La cuantía, en los atentados contra la propiedad, no es elemento estructural de la infracción.— Teoría de la “absorción” del delito medio por el delito fin en la estructura del Código Penal.

1.— *El instrumento público y el instrumento negociable, respecto a autenticidad, acorde con lo dispuesto en los artículos 1758 del código civil y 4o. de la ley 46 de 1923, tienen una misma categoría, por lo que, en la esfera de la protección penal, como es lógico, deben recibir el mismo tratamiento.*

Esa equiparación en la esfera especificada la consagró el artículo 233 del código penal, como se desprende de su propia letra, clara sobre el particular, fenómeno que se explica en consideración a que los instrumentos negociables, como varias veces lo ha observado la Corte, “son de una importancia excepcional en las relaciones comerciales para la facilidad, rapidez y seguridad de las transacciones, a tal punto que casi se les mira como una especie de papel moneda. De ahí que el Legislador haya querido proteger especialmente esa clase de papeles de comercio, sancionando de manera más enérgica su falsedad y colocándolos al lado de los instrumentos públicos”.

La equiparación quoad delicta y no apenas quoad poenam determina que la falsedad en instrumentos negociables participe del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos, en el que, conforme a la enseñanza de Carrara, “el daño potencial basta para su consumación precisamente porque en la simple acción del delincuente, aunque no vaya seguida por el efecto que aquél quería obtener, se configura una violación ya ocurrida del derecho, y así, la perfecta infracción de la ley”.

2.— *La cuantía, en los atentados contra la propiedad, no es elemento estructural de la infracción, lo que de suyo se comprende, puesto que cualquiera que sea aquella, siempre que la cosa sobre que verse la actividad inculpada tenga valor económico, habrá delito.*

3.— *La teoría de la “absorción” del delito medio por el delito fin, no tiene cabida en la estructura del Código Penal, donde se sigue el sistema del concurso de delitos, disciplinándolo como formal y como material.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado ALBAN HOME TRUQUE contra la sentencia del 31 de agosto del año próximo pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable de los delitos de falsedad y estafa, a la pena de “SEIS AÑOS DE PRESIDIO” y accesorias consiguientes.

LOS ANTECEDENTES:

Entre mayo de 1963 y mayo de 1964 Albán Home Truque fué contador de José Joaquín Forero en su empresa “Distribuidora Comercial”, situada en la carrera 27 No. 66—43 de esta ciudad, y como dentro de sus funciones se encontraba la de elaborar, sobre la cuenta corriente que mantenía el expresado comerciante en la sucursal del Banco Popular del 7 de agosto, los cheques requeridos para el movimiento del negocio, confeccionaba éstos, los cuales se giraban generalmente al portador, y luego de que obtenía que los firmara su patrón, como también quedaban en su poder en el fin de hacerlos efectivos o de señalarles el respectivo destino, les alteraba el valor, elevándolo, y a continuación, por sí o por

conducto de su cónyuge, los cobraba, logrando de ese modo un provecho que alcanzó a la cantidad de \$40.576.00.

El Juzgado 7o. Superior, sobre la base de que estos hechos configuraban los delitos de falsedad y estafa, en auto del 20 de noviembre de 1964, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio al predicho Albán Home Truque y más tarde, cumplidos los debidos trámites, mediante sentencia del 3 de marzo del año pasado, condenó al mismo sujeto, como responsable de los dos delitos en cuestión, a la pena de "CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRESIDIO", lo mismo que a las accesorias del caso, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 31 de agosto, también del año pasado, para elevar la pena principal a "SEIS AÑOS DE PRESIDIO".

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada por conducto de apoderado, el recurrente invoca las causales de casación de los ordinales 4o. y 1o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

CAUSAL CUARTA:

Con apoyo en este motivo de impugnación pretende que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", enunciado en cuya fundamentación aduce los cargos que a continuación se reseñan:

a).— "En el auto de proceder" se incurrió "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" configurable a través de los hechos que se atribuyen al procesado, puesto que allí se estimó que se daban los delitos de falsedad y estafa, cuando en realidad solo se integra el primero, consumado en documentos privados, el cual se equipara al que se lleva a cabo en documentos públicos únicamente para los efectos de la pena y excluye el segundo, precisamente porque el propósito de lucro es común a ambos delitos.

La vocación a juicio, "subsidiariamente", ha debido ser por el simple delito de estafa, teniendo en cuenta el carácter de "delito medio" que tuvo la falsedad.

b).— El hecho de no haberse notificado el auto del 5 de octubre de 1964, donde se dispuso reemplazar un perito, sumado a que tampoco se corrió traslado del dictamen pericial del 7 del mismo mes, configura una "nulidad constitucional", ya que aquello

"viola gravemente los derechos de defensa".

CAUSAL PRIMERA:

En la esfera de esta causal el recurrente formula los siguientes tres cargos:

1.— El dictamen pericial respecto de la cuantía a que ascendió la estafa, "no fué legalmente producido" y, por lo tanto, "no tiene valor legal", lo que indica que "hubo error de hecho y de derecho, al considerarse que ya se había probado plenamente el cuerpo del delito", precisamente con base en ese elemento de juicio.

2.— En el fallo acusado se violaron, por indebida aplicación e interpretación errónea, los artículos 33, 408 y 233 del Código Penal, lo que resultó de haber acogido como base de la pena dos delitos en concurso, el de falsedad y el de estafa, cuando sólo se configuraba el primero, consumado en documentos privados. Circunstancia que daba cabida al artículo 210 de la obra citada, el cual fué violado, por falta de aplicación.

3.— La falsedad fué "apenas un medio para la comisión de la estafa" y entonces sólo existió una acción, encaminada "a un sólo resultado", la que "no debe ser dividida acomodaticiamente porque la justicia se expone a exagerar su rigorismo, y a errar, que es lo más grave".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, como conclusión de un cuidadoso estudio de la demanda, efectuado en consideración a las causales invocadas y a los cargos en que cada una de ellas se funda, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I.— El instrumento público y el instrumento negociable, respecto a autenticidad, acorde con lo dispuesto en los artículos 1758 del Código Civil y 4o. de la ley 46 de 1923, tienen una misma categoría, por lo que, en la esfera de la protección penal, como es lógico, deben recibir el mismo tratamiento.

II.— Esa equiparación en la esfera especificada, la consagró el artículo 233 del Código Penal, como se desprende de su propia letra, clara sobre el particular, fenómeno que

se explica en consideración a que los instrumentos negociables, como varias veces lo ha observado la Corte, "son de una importancia excepcional en las relaciones comerciales para la facilidad, rapidez y seguridad de las transacciones, a tal punto que casi se les mira como una especie de papel moneda. De ahí que el legislador haya querido proteger especialmente esa clase de papeles de comercio, sancionando de manera más enérgica su falsedad y colocándolos al lado de los instrumentos públicos".

- III.— La equiparación *quoad delicta* y no apenas *quoad poenam* determina que la falsedad en instrumentos negociables participe del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos, en el que, conforme a la enseñanza de Carrara, "el daño potencial basta para su consumación, precisamente porque en la *simple acción* del delincuente, aunque no vaya seguida por el efecto que aquél quería obtener, se configura una *violación* ya ocurrida *del derecho*, y así, la *perfecta* infracción de la ley".

IV.— En orden a estos principios, fácil se comprende que el delito de falsedad alcanzó su meta consumativa, sin absorber la estafa, cuya consumación, se produjo al hacer efectivos los cheques adulterados, ni ser absorbido por ésta, en el momento en que, con intención dolosa, se elevó el valor de aquellos.

V.— Esos delitos obran en concurso material porque, aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integraron a través de pluralidad de acciones y de propósitos, lesionando, el de falsedad, la fé pública y, el de estafa, la propiedad.

VI.— El cargo fundado en la falta de notificación del auto que dispuso el reemplazo de un perito y en la falta de traslado del dictamen pericial no es de la esfera de la causal 4a. de casación, puesto que lo que allí se plantea, en el fondo, es un debate en torno a una prueba que, en sentir del impugnador, fué erróneamente apreciada.

VII.— No prospera, pues, la causal 4a. de casación.

VIII.— La cuantía, en los atentados contra la propiedad, no es elemento estructural de la infracción, lo que de suyo se comprende, puesto que cualquiera que sea aquella, siempre que la cosa sobre que verse la actividad incriminada tenga valor económico, habrá delito.

IX.— El dictamen pericial básico para la determinación de la cuantía a que alcanzó la estafa atribuida al procesado se decretó mediante auto previo, lo que quiere decir que fué legalmente producido, circunstancia que obligaba su apreciación, absolutamente ineludible, dentro de la sentencia impugnada.

X.— Los delitos comprobados en el proceso y que dieron lugar a llamamiento a juicio fueron, como se advirtió atrás, el de falsedad en instrumentos negociables y el de estafa, considerados en concurso material. En esta suerte, dentro de la sentencia acusada no podía hacerse cosa distinta a la de aplicar los artículos 233, 408 y 33 del Código Penal, precisamente porque esas normas se contraen a los expresados delitos y al concurso material.

XI.— La teoría de la "absorción" del delito medio por el delito fin, no tiene cabida en la estructura del Código Penal, donde se sigue el sistema del concurso de delitos, disciplinándolo como formal y como material.

XII.— Tampoco prospera, en consecuencia, la causal 1a. de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación especificado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Of. Mayor.*

RESPONSABILIDAD PENAL Y CUERPO DEL DELITO.

Si se pregunta al Jurado sobre responsabilidad penal del acusado, como autor, en lugar de señalársele como coautor, no hay lugar a yerro en la denominación jurídica de la infracción, pues lo atinente a la responsabilidad no forma parte del cuerpo del delito.

1.— Es cierto que la Sala, en sentencia de 22 de agosto de 1958 (G. J. t. LXXXVIII, p. 792), dijo que “cuando al propõner el cuestionario con respecto al cargo principal formulado al acusado, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por esa causa el juicio quedó viciado de nulidad, al tenor de lo que dispone el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P.”.

Pero el supuesto yerro de preguntar al jurado sobre la responsabilidad penal del acusado, como autor, en lugar de señalársele como coautor, por haber participado otro individuo en la ejecución del hecho, no dá lugar a ese error en la denominación jurídica de la infracción, pues lo atinente a la responsabilidad no forma parte del cuerpo del delito.

De otra parte, atendidos los términos del artículo 19 del Código Penal, según los cuales se establece igualdad de sanciones para el autor único del delito y para los coautores y cómplices necesarios, esa supuesta equivocación cometida en el cuestionario no introdujo modificación alguna en el grado de responsabilidad del enjuiciado ni afectó, en forma alguna, su derecho de defensa. De consiguiente, no se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional.

2.— La circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 11o. del citado artículo 38 del Código Penal no tiene pertinencia al resolver sobre la causal 1a. de casación, pues, de una parte, ninguna relación causal aparece entre las precarias condiciones económicas y la falta de ilustración del recurrente y la ejecución del delito porque fue condenado, y, de otra, este aspecto no fué señalado por el demandante al formular el cargo. En cuanto a este último particular, debe recordarse que la casación no tiene el carácter de una nueva instancia y, de consiguiente, el fallo debe ajustarse a los términos de la demanda y a las causales que la ley taxativamente señala.

3.— Si se denomina autor al copartícipe o al cómplice necesario, esa antitécnica calificación ningún cambio produce en el grado de la responsabilidad penal, puesto que, como se dejó observado, ninguna consecuencia práctica se dá en relación con la pena. Así lo indica la Sala en providencia de 15 de noviembre de 1944 (G. J.

t. LVIII, p. 340).

Doctrinariamente, es diferente el alcance de autor al de copartícipe. El tratadista FRANCISCO ANTOLISEI, en su “Manual de Derecho Penal”, (Editorial “Uteha”, Buenos Aires, 1960), dice que, “a nuestro entender, para evitar estas consecuencias inadmisibles, se hace necesario —exclusivamente a los fines de distinguir entre autor y participante— considerar de forma separada las acciones de los diversos concurrentes. No debe decirse que es autor quien realiza la acción típica, sino que es preciso decir que es autor quien practica una acción que considerada en sí misma, es conforme con la descrita en el modelo abstracto de delito. En consecuencia, es partícipe el individuo que realiza una acción que por sí sola no realiza el tipo penal. Así, es partícipe y no autor, por ejemplo, el mandante de un homicidio, ya que su acción, considerado independientemente de la sucesiva de mandatario, no corresponde a la figura de delito” (p.399).

Y agrega ANTOLISEI (op. cit., p. 399) que es coautor el concurrente que, juntamente con otros, ejecuta total o parcialmente la acción típica, como en el caso de varios individuos que, puestos de acuerdo, disparan simultáneamente contra una persona, o en el caso de varios ladrones que sustraen conjuntamente de un banco una pesada caja fuerte. Una vez que está clara la noción de autor, la configuración de coautor no dá lugar a dificultades”.

Pero, se dice nuevamente, en el alcance de la legislación penal colombiana estas distinciones no tienen valor práctico, desde el punto de vista de la represión penal, pues se señala la misma (art. 19 del C. P.); salvo cuando se trata de la complicidad no necesaria, para la cual se indica una pena inferior (art. 20 ib.).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se ocupa la sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 9 de junio de 1965, por la cual le fué impuesta al procesado MANUEL JARAMILLO URREGO la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Francisco Antonio Quintero Marín.

Conoció en primera instancia el Juzgado 6o. Superior de la misma ciudad.

HECHOS:

La Fiscalía Primera del Tribunal Superior de Ibagué hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

“La investigación se contrae a la muerte violenta que se le causó al señor Francisco Antonio Quintero Marín, hecho ocurrido dentro del área urbana del poblado de ‘Palocabildo’, municipio de Falan, durante las últimas horas de la tarde del 21 de julio de 1959.

“Según los testimonios de María Teresa y Bárbara Linares, a la hora en que Francisco Antonio Quintero Marín se disponía, el citado día, a tomar sus alimentos, se hicieron presentes en la casa de la segunda —donde posaba Quintero Marín— dos sujetos que, después de saludar a éste, procedieron a agredirlo con los cuchillos que llevaban en la mano, ocasionándole numerosas heridas que en contados momentos le causaron la muerte”.

DEMANDA DE CASACION Y REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El doctor Carlos A. Lozano Agudelo, apoderado del recurrente MANUEL JARAMILLO URREGO, invoca las causales 4a., 1a. y 2a. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, así:

a).— CAUSAL CUARTA:

“Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Dice el actor que, sin embargo de que en el auto de proceder se imputó el cargo de homicidio a dos personas, pues se dice en la

parte motiva de esa providencia que fueron dos los autores del delito, a los jueces de hecho no “se les sometió a su consideración la responsabilidad de Manuel Jaramillo Urrego como coautor o copartícipe del delito”, incurriéndose, así, en “un error relativo a la denominación jurídica de la infracción”. Agrega que “es esencial que a los jurados se les hubiera puesto de presente la circunstancia anotada, ya que es diferente la autoría única a la coparticipación. Y más cuando en este proceso se ordenó la reapertura de la investigación, y ésta puede dar nuevas luces para establecer la verdadera responsabilidad”.

Refiriéndose a este cargo, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal estima que “esa irregularidad en la redacción del cuestionario no tiene proyecciones jurídicas que lesionen los intereses de Manuel Jaramillo...”, pues éste... “con el propósito de matar, en grado de premeditación, tomó parte eficiente en la muerte de Francisco Antonio Quintero Marín, hiriéndolo por varias veces...”, por lo cual... “es verdadero autor, aun cuando otro procesado hubiese también colaborado, al herir a la víctima”.

Anota que “ha sido doctrina de la Corte que las simples irregularidades procesales que no perjudiquen en verdad los inmanentes y fundamentales derechos del procesado, no previstas como causales de nulidad en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., no pueden estimarse como generantes de nulidad constitucional, pues éllas no violan, en realidad, las formas propias del juicio penal”.

b).— CAUSAL PRIMERA:

“Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea”.

Asevera el actor que en “la sentencia recurrida se dió aplicación indebida a la ley sustantiva, pues al fijar la sanción de veinte años de presidio contra mi mandante... no se tuvieron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad de que trata el artículo 38 del Código Penal”.

Agrega que en el informativo está acreditada la buena conducta anterior de su representado, así como su buen comportamiento “durante su permanencia en la Penitenciaría Nacional de Ibagué”, circunstancias que no se consideraron en el

fallo al hacer la dosimetría de la sanción.

En relación con este cargo, el señor Agente del Ministerio Público lo encuentra demostrado. Dice al respecto:

“En el caso al estudio, tanto el juzgador de primera instancia como el H. Tribunal Superior de Ibagué, violando lo dispuesto en el parágrafo c) del numeral 4o. del art. 160 del C. de P. P., se abstuvieron de analizar las circunstancias de menor peligrosidad, entre las cuales se encuentran las siguientes:

“1a. — La buena conducta anterior... ordinal 1o. del artículo 38 del C. P., y

“2a.— La falta de ilustración en el procesado, la cual indiscutiblemente influyó sobre su conducta delictuosa, máxime cuando el medio ambiente en que actuaba, de extraordinaria pugnacidad política, de irresistible apasionamiento sectario, exigía, para superarlo, una gran dosis de cultura ético-religiosa, de la cual careció, sin culpa, el procesado, sucumbiendo a aquel factor criminógeno que Enrique Ferri denominó factor ambiental en el delito”.

c).— CAUSAL SEGUNDA:

“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”.

Expresa el señor apoderado del recurrente que a éste se le llamó a juicio como coautor y también se le condenó con esta calidad, pero en el cuestionario sometido al Jurado se le señala como único responsable.

De lo anterior, desprende el demandante que no existe consonancia entre el fallo y el veredicto de los jueces de hecho.

Como réplica, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal dice:

“En el análisis del primer cargo, demostré como la irregularidad en la formulación del cuestionario al llamar a Manuel Jaramillo Urrego como autor del delito de homicidio en Francisco A. Quintero Marín, no superó, en cuanto a responsabilidad, al auto de proceder, y al admitir el Tribunal en la sentencia que se recurre que fué coautor, lo condenó en las condiciones exactas del artículo 19

del Código Penal, sin que en la sentencia se violara lo afirmado por el Jurado, por cuanto la pena del autor, que de todas maneras correspondía a Jaramillo Urrego, es exactamente igual a la del coautor del delito”.

CONSIDERA LA SALA:

Corresponde señalar lo siguiente en cuanto a los cargos propuestos por el demandante:

1o.— CAUSAL CUARTA:

Es cierto que la Sala, en sentencia de 22 de agosto de 1958 (G. J. t. LXXXVIII, p. 792), dijo que “cuando al proponer el cuestionario con respecto al cargo principal formulado al acusado, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por esa causa el juicio quedó viciado de nulidad, al tenor de lo que dispone el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P.”.

Pero el supuesto yerro de preguntar al Jurado sobre la responsabilidad penal del acusado, como autor, en lugar de señalársele como coautor, por haber participado otro individuo en la ejecución del hecho, no dá lugar a ese error en la denominación jurídica de la infracción, pues lo atinente a la responsabilidad no forma parte del cuerpo del delito.

En este asunto, al recurrente JARAMILLO URREGO se le llamó a juicio por el delito de homicidio y sobre su responsabilidad por esta infracción se le formuló a los jueces de hecho el correspondiente cuestionario.

De otra parte, atendidos los términos del artículo 19 del Código Penal, según los cuales se establece igualdad de sanciones para el autor único del delito y para los coautores y cómplices necesarios, esa supuesta equivocación cometida en el cuestionario no introdujo modificación alguna en el grado de responsabilidad del enjuiciado ni afectó, en forma alguna, su derecho de defensa. De consiguiente, no se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Así, pues, no prospera la causal cuarta de casación alegada.

2o.— CAUSAL PRIMERA:

En la sentencia acusada se acogen las consideraciones del juzgador de primera

instancia para determinar la sanción que se impuso al procesado JARAMILLO URREGO, así:

“Corresponde ahora deducir la pena imponible al encausado Manuel Jaramillo Urrego. Contra este acusado se advierte la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 9o. del artículo 37 del Código Penal, pues se acreditó que el hecho fué consumado con la complicidad de otro previamente concertada. Y teniendo en cuenta que la disposición violada es el artículo 363 del Código Penal que sanciona el homicidio con caracteres de asesinato con presidio de quince a veinticuatro años, y que en el caso presente militan contra Jaramillo Urrego tres circunstancias agravantes, como son las de haber cometido el homicidio con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión y abusando de las circunstancias de inferioridad de la misma, y habida cuenta de la gravedad del hecho, el Juzgado estima que la pena a imponer es la de veinte años de presidio”.

Es verdad, entonces, que no se tomó en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el ordinal 1o. del artículo 38 del Código Penal, pues con los testimonios de Lorenzo Díaz Díaz (f. 165 del Cd. 1o.), Otoniel Cuevas Guevara (f. 165 v. del mismo Cd.) y de Zenaida Ríos de Cuevas (fs. 165 v. y 166 del Cd. ib.), resulta plenamente comprobada la buena conducta anterior del recurrente Manuel Jaramillo Urrego.

Es obvio, entonces, que en la fijación de la pena privativa de la libertad debe hacerse una disminución, la cual señala la Sala en seis meses.

Se anota, en cambio, que la circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 11o. del citado artículo 38 del Código Penal no tiene pertinencia al resolver sobre esta causal de casación, pues, de una parte, ninguna relación causal aparece entre las precarias condiciones económicas y la falta de ilustración del recurrente y la ejecución del delito porque fué condenado, y, de otra, este aspecto no fue señalado por el demandante al formular el cargo. En cuanto a este último particular, debe recordarse que la casación no tiene el carácter de una nueva instancia y, de

consiguiente, el fallo debe ajustarse a los términos de la demanda y a las causales que la ley taxativamente señala.

Prospera, según lo dicho, este motivo de casación.

3o.— CAUSAL SEGUNDA:

Cabe admitir que en el cuestionario propuesto a los jueces de hecho no se preguntó si el acusado MANUEL JARAMILLO URREGO era responsable, con la coparticipación de otro individuo, del delito de homicidio porque fué llamado a juicio, sin embargo de lo cual en la sentencia acusada se dice que aquél fué coautor de ese reato. Pero esta discordancia ninguna consecuencia jurídica ofrece, pues como se dijo ya, según el precepto del artículo 19 del Código Penal la pena aplicable es la misma, en cualesquiera de las dos circunstancias anotadas.

Si se denomina autor al copartícipe o al cómplice necesario, esa antitécnica calificación ningún cambio produce en el grado de la responsabilidad penal, puesto que, como se dejó observado, ninguna consecuencia práctica se dá en relación con la pena. Así lo indica la Sala en providencia de 15 de noviembre de 1944 (G. J. t. LVIII, p. 340).

Doctrinariamente, es diferente el alcance de autor al de copartícipe. El tratadista FRANCISCO ANTOLISEI, en su “Manual de Derecho Penal”, (Editorial “Uteha”, Buenos Aires, 1960), dice que, “a nuestro entender, para evitar estas consecuencias inadmisibles, se hace necesario —exclusivamente a los fines de distinguir entre autor y participante— considerar de forma separada las acciones de los diversos concurrentes. No debe decirse que es autor quien realiza la acción típica, sino que es preciso decir que es autor quien practica una acción que, considerada en sí misma, es conforme con la descrita en el modelo abstracto de delito. En consecuencia, es partícipe el individuo que realiza una acción que por sí sólo no realiza el tipo penal. Así, es partícipe y no autor, por ejemplo, el mandante de un homicidio, ya que su acción, considerada independientemente de la sucesiva del mandatario, no corresponde a la figura del delito” (p. 399).

Y agrega ANTOLISEI (op. cit., p. 399) que “es coautor el concurrente que, juntamente

con otros, ejecuta total o parcialmente la acción típica, como en el caso de varios individuos que puestos de acuerdo disparan simultáneamente contra una persona, o en el caso de varios ladrones que sustraen conjuntamente de un banco una pesada caja fuerte. Una vez que esté clara la noción de autor, la configuración del coautor no dá lugar a dificultades”.

Pero, se dice nuevamente, en el alcance de la legislación penal colombiana estas distinciones no tienen valor práctico, desde el punto de vista de la represión penal, pues se señala la misma (art. 19 del C. P.), salvo cuando se trata de la complicidad no necesaria, para la cual se indica una pena inferior (art. 20 ib).

No resulta comprobado el cargo.

Ahora bien:

Dado que prospera la causal primera de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en la forma antes indicada, es el caso de invalidar parcialmente la sentencia recurrida, a fin de disminuir la sanción impuesta al recurrente Jaramillo Urrego (ord. 1o. del artículo 58 del mismo decreto).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, en cuanto señala al recurrente MANUEL JARAMILLO URREGO las penas de veinte años de presidio e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, a fin de indicar, como término de tales sanciones, el de diez y nueve años y seis meses.

En lo demás rige el fallo acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Oficial Mayor.*

REVISION EN MATERIA PENAL.

Fuerza de convicción del hecho nuevo o la prueba no conocida al tiempo de los debates para establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado.— Supuesto yerro en el trámite del proceso.— Las causales previstas en el artículo 571 del C. de P. P. se refieren exclusivamente a persona que esté cumpliendo pena injusta por ser inocente. —

1.— *El hecho nuevo o la prueba no conocida al tiempo de los debates, debe tener tal fuerza de convicción, que permita establecer la inocencia o la irresponsabilidad del condenado o condenados por lo menos constituir grave indicio de tal inocencia o irresponsabilidad.*

2.— *La revisión no puede apoyarse en errores de orden jurídico y mucho menos en irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, pues esta causa de impugnación está prevista como motivo de casación, según lo señala el ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.*

La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones señaladas en el artículo 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad, en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, explica, se repite, que tales sentencias deben cumplirse. Se trata, es cierto, del quebrantamiento, en este caso, de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento de una persona, más no de que alguien esté cumpliendo una pena injusta por ser inocente. Por ello, en esta última hipótesis y solamente en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esas injusticias. De ahí que las causales previstas en el artículo 571 del código citado se refieran, exclusivamente, a esta última situación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver el recurso de revisión interpuesto por el señor apoderado de

VICTOR ANTONIO CAICEDO CEBALLOS, en relación con el proceso que le fué seguido por el delito de robo, la Sala toma en cuenta:

1o.—HECHOS:

El señor Jesús Antonio Ramírez hace el siguiente relato, en la denuncia que formuló en la Inspección 3a. de Policía de Sevilla (Valle):

“El día 24 de agosto del corriente año . . .” (1964) . . . “salí de mi casa, situada en el sitio denominado ‘Casablanca’, parte suburbana de esta ciudad . . . y siendo más o menos las cuatro de la tarde me avisaron unos muchachos que venían de esos lados, que habían aporreado a mi mujer y me habían robado. En vista de esto, me dirigí a tal sitio con dos agentes de la Policía y nos dimos cuenta, por áseveración de mi señora, que efectivamente unos individuos la habían amenazado con un revólver, después de ponerle un pañuelo en la boca y se habían robado . . .” diferentes objetos que estima en la suma de un mil doscientos pesos (\$1.200.00) moneda corriente.

2o.— ELEMENTOS DE JUICIO:

El Juzgado 2o. Municipal de Sevilla (Valle), mediante sentencia de 18 de diciembre de 1964, confirmada por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad el 4 de febrero de 1965, condenó al recurrente VICTOR ANTONIO CAICEDO CEBALLOS por el delito de robo, correspondiéndole, en definitiva, la pena principal de diez (10) años de presidio. Igualmente fueron condenados Raúl Cañas Jiménez y Luis Emilio Hernández Montoya.

En el fallo de primera instancia se toma en cuenta la confesión franca que del delito hace el sindicado Cañas Jiménez, quien, asimismo, acusa a los otros dos procesados, y el testimonio de la señora esposa del denunciante. También, el hecho de haber sido encontrados, en poder de Hernández Montoya, algunos de los enseres materia del ilícito, sin que diera una explicación satisfactoria sobre su procedencia.

Sin embargo, este último y el recurrente Caicedo Ceballos, niegan los cargos.

3o.—DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO:

El doctor Carlos E. Camacho, en la demanda de revisión, anota que el procedimiento a seguir ha debido ser el que señala el Decreto 1699 de 1964, el que considera más favorable a su asistido y estima, en consecuencia, que se violó el artículo 57 de ese estatuto.

Hace una crítica a las pruebas tomadas en cuenta para condenar a su mandante, y, luego de invocar el ordinal 5o. del artículo 571 del C. de P. P., dice que los testimonios de Angela Quintero de Ramírez y Alberto Quintero "no tuvieron la oportunidad procesal de ser conocidos y valorados por los juzgadores de instancia . . .", y que ellos dan base para disponer la revisión que solicita.

A lo anterior, el señor Agente del Ministerio Público hace la siguiente réplica:

Después de anotar que "los testimonios de Angela Quintero Vélez de Ramírez y del menor Alberto Quintero, fueron recibidos extrajuicio y nó fueron ratificados en el término de prueba ante la Corte, como preceptúa el artículo 693 del C. J.", manifiesta que sus declaraciones "son altamente sospechosas, no merecen credibilidad alguna, por estar en total contradicción con lo manifestado por el procesado en su indagatoria y, por tanto, no constituyen prueba suficiente para aceptar que éste . . .", en la tarde del veinticuatro de agosto, día de los hechos, estuvo en la ciudad de Tulúa y nó en la residencia del denunciante, en la localidad de Sevilla (Valle).

4o.—LA SALA CONSIDERA:

No sólo la falta de ratificación de los testimonios rendidos, extrajudicialmente, por

la señora Angela Quintero de Ramírez y el menor Alberto Quintero, impide que en ellos se apoye la orden de revisión demandada, sino también la hace improcedente el hecho de que, como lo anota el señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, no tienen poder alguno de convicción, como que su dicho resulta hasta en contradicción con la coartada misma que presenta el recurrente, en su indagatoria. En efecto, ni siquiera menciona este procesado haber visto, en la ciudad de Tulúa, a aquellos declarantes. Dice, apenas, que yendo el día de los hechos averiguados hacia Cali, se bajó en Tulúa, donde lo saludaron unos agentes del "DAS" y que luego tomó allí unos tragos, sin mencionar que alguien lo acompañara en ésto. En cambio, la señora Quintero de Ramírez asegura que ese mismo día veinticuatro de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro se encontró, en Tulúa, con CAICEDO CEBALLOS, a las dos de la tarde y que con él se estuvo en el centro de esa ciudad hasta las seis de la tarde, cuando la llevó a su casa. Y el hijo de la declarante, Alberto Quintero, refiere que su señora madre, el referido día, mandó a llamar a Caicedo Ceballos para que salieran ambos y que sólomente regresaron a las seis de la tarde de esa citada fecha.

Con toda razón, pues, anota el señor Agente del Ministerio Público que estas declaraciones son francamente sospechosas y que no ofrecen credibilidad alguna:

Recuérdese que el hecho nuevo o la prueba no conocida al tiempo de los debates, debe tener tal fuerza de convicción, que permita establecer la inocencia o la irresponsabilidad del condenado o condenados o por lo menos constituir grave indicio de tal inocencia o irresponsabilidad.

Y los testimonios de que se ha hecho referencia están muy lejos de modificar la interpretación de la realidad procesal, hecha por los juzgadores de instancia.

Ahora bien:

En cuanto al supuesto yerro en el trámite del proceso, esta Sala ha sostenido que la revisión no puede apoyarse en errores de orden jurídico y mucho menos en irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, pues esta causa de impugnación está prevista como motivo de casación, según lo señala el ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

La necesidad de mantener la autoridad de

la cosa juzgada, con las únicas excepciones señaladas en el artículo 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad, en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, explica, se repite, que tales sentencias deban cumplirse. Se trata, es cierto, del quebrantamiento, en este caso, de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento de una persona, más no de que alguien esté cumpliendo una pena injusta por ser inocente. Por ésto, en esta última hipótesis y sólo en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esa injusticia. De ahí que, las causales previstas en el artículo 571 del código citado se refieran, exclusivamente, a esta última situación.

No prospera, pues, 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 señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, NIEGA la revisión del proceso seguido contra VICTOR ANTONIO CAICEDO CEBALLOS, por el delito de robo.

Desé cumplimiento al tercer inciso del art. 574 del C. de P. P.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Amadeo Rey., Secretario encargado.

ASOCIACION PARA DELINQUIR.— CONFESION EXTRAJUDICIAL

Supuestos errores de hecho al apreciar el acervo probatorio.— Soberanía del fallador para estimar el grado de convencimiento de la confesión fuera de juicio.— Pena establecida para el delito de asociación para delinquir en los Decretos 1258 de 1955 y 2525 de 1963.— Indebida aplicación de la ley penal.— Imperativo de dar aplicación preferente a la "ley permisiva o favorable" aún cuando sea posterior al hecho que se investiga.

1.— *En relación con la llamada confesión extrajudicial, respaldada, en el caso de autos, no sólo con declaraciones de testigos sino con otros elementos de convicción, conviene observar que esa clase de prueba, de acusada importancia en materia penal puede y debe ser apreciada por el fallador dentro de amplios márgenes que discurren desde su ineficacia hasta el mérito de plena prueba, según las circunstancias que la rodean y que, por tanto, las simples afirmaciones hechas en el libelo de casación no son suficientes a destruir la valoración que contiene la sentencia. No es posible, con tan exiguas razones, desvirtuar en este caso la soberanía casi absoluta del fallador para estimar el grado de convencimiento de esa confesión expuesta fuera de juicio.*

2.— *El Decreto 1258 de 1955 aplicado en la sentencia "sin más complicaciones o enmiendas" y que establecía una pena de presidio de ocho a catorce años para el delito de asociación para delinquir fue reemplazado en todo su contenido, lo mismo que al art. 208 del C. P., por el art. 3o. del Decreto 2525 de 1963, vigente cuando se pronunció el fallo de cuya casación se trata.*

Aunque no se conozca la razón que tuvo el Gobierno para ello, es lo cierto que, conservando el máximo de la pena (catorce años de presidio) rebajó el mínimo de ocho a cinco años de la misma sanción.

Así las cosas, resulta evidente que la sentencia viola los proceptos invocados en la demanda o sean los arts. 3o. del C. P., 5o. del C. de P. P., 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, puesto que, calificada la delincuencia en el grado mínimo, como lo hizo el Tribunal y como debe admitirse por la Corte, la ley posterior al tiempo en que se cometió el delito era más favorable para los condenados y regía en el momento de imponerles la sanción.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El quince (15) de octubre mil novecientos sesenta y tres (1963) el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué condenó a Cupertino Calderón, Rafael Zúñiga, José David Zúñiga y José Carlos Ramírez Moreno como responsables del delito de ASOCIACION PARA DELINQUIR, "perfeccionado durante el año de mil novecientos sesenta y dos y llevado a término en las circunstancias de que dan cuenta los autos".

El Tribunal Superior de Ibagué por sentencia de diez (10) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), confirmó la primera instancia con la reforma de imponer al primero, como Jefe de la asociación, diez años de presidio y a los tres últimos, ocho años de la misma pena.

Interpuesto el recurso de casación y tramitado debidamente, procede la Corte a desatarlo.

CASACION EN CUANTO A CUPERTINO CALDERON

La demanda, en primer término alega la causal prevista en el numeral 4o. del artículo 567 del C. de P. P. que establece que hay lugar a casación "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Si bien debió citar el numeral 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en atención a su idéntico contenido, la Corte no sacrifica la substancia de lo alegado a este error del abogado impugnador.

Sostiene éste que el juicio está viciado de nulidad constitucional por absoluta ausencia de defensa de uno de los procesados,

Cupertino Calderón, "ya que su defensor se limitó a firmar algunas notificaciones, pero en ningún caso solicitó pruebas o presentó alegatos escritos u orales y dejó de asistir al acto sustancial del proceso que es la audiencia de juzgamiento".

Considerando la Corte que, efectivamente, el susodicho defensor, posesionado del cargo, no pidió pruebas; no concurrió, a pesar de haber sido notificado personalmente del día y hora de su celebración, a la audiencia pública; no alegó verbalmente o por escrito ni en la primera ni en la segunda instancia, pero ni siquiera interpuso el presente recurso, debido a la actividad de Calderón, acepta que debe prosperar la causal invocada, ya que, como lo tiene dicho repetidamente, esta falta completa de asistencia judicial de un sindicado viola elementales preceptos de la Carta puesto que se condena a alguien sin la plenitud de una forma esencial del juicio como es la de ejercitar el derecho de defensa.

Pero el hecho que origina la nulidad no es común a todos los reos sino particular y propio de una sola persona por lo cual no es posible extender a los otros recurrentes el beneficio que emana de una solución favorable para el procesado Cupertino Calderón.

El abogado recurrente transcribe fragmentariamente una jurisprudencia al respecto, pues antes del párrafo copiado en la demanda, en ese mismo fallo se lee:

"Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos y *siendo común a todos el hecho que origina la nulidad*, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. (Subraya la Corte).

Y es que hay nulidades que se originan en un hecho común a todos, pero existen otras, como la contemplada en el caso, de interés exclusivo para aquel cuyo derecho de defensa fué violado.

CASACION EN CUANTO A RAFAEL ZUÑIGA, JOSE DAVID ZUÑIGA Y JOSE CARLOS RAMIREZ.

La demanda, además de la causal 4a., alegada en relación con estos tres recurrentes bajo el aspecto estudiado, se apoya:

a).— En la causal segunda del referido artículo 567 del C. de P. P.

Expresa el libelo que al atribuir a las manifestaciones de los declarantes Olimpo

Lugo y Amadeo Bonilla el valor de una confesión extrajudicial se violaron los artículos 255, 204, 203 y 205 del C. de P. P.

Afirma que esas atestaciones no demuestran en forma alguna la "confesión" de Rafael Zúñiga, pero que aún probándola sólo constituye un indicio leve de responsabilidad.

Dice —en segundo término— que en el "proceso no existe prueba alguna de que él (José David Zúñiga) haya sido integrante de cuadrillas organizadas con el propósito permanente de cometer delitos".

Finalmente asevera: "A José Carlos Ramírez Moreno le dice la sentencia que está probado también que hacía parte de una cuadrilla comandada por Cupertino Calderón. Qué grave error el que se comete aquí, porque, aún dando credibilidad máxima al testimonio de Lugo en el sentido de que era el cuarto hombre en su finca el día tres de agosto, y a los de los esposos Villarreal y de Robayo, en el sentido de que fué la misma persona que el día de autos se llegó hasta la finca de los primeros y les informó que venía huyendo a la Policía puesto que había escapado de la finca de Lugo. Así las cosas, esta prueba se refiere a un solo hecho delictuoso: la frustrada extorsión de que da cuenta el señor Lugo, pero en ningún caso a la participación permanente de Ramírez en la organización delictiva. . .".

b).— La tercera causal invocada se plantea y sustenta por el actor así:

"La primera señalada en el artículo 567 del C. de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia violó los arts. 3o. del C. Penal, 5o. del C. de P. P., y 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, al aplicar indebidamente los arts., 208 del C. Penal y 1o. del Decreto 1258 de 1955, normas reemplazadas al momento de dictarse el fallo de segunda instancia por la contenida en el art. 3o. del Decreto 2525 de 1963.

"Demostración del cargo . . .

"La sentencia de segunda instancia en este proceso se pronunció el 10 de junio de 1964 (f. 274), cuando ya desde el 21 de octubre de 1963 había empezado a regir el Decreto 2525, que en su artículo 3o., dispuso: "El art. 208 del C. Penal, quedará así: Cuando tres o más personas

se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una incurrirá por ese sólo hecho en la pena de cinco a catorce años de presidio, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa”.

“La providencia recurrida al graduar la pena de los recurrentes dice: “...dado que la disposición vigente para la época en que se cometió el delito en cuestión, sin más complicaciones o enmiendas, es la que contiene el art. 1o. del Decreto Extraordinario 1258 de 1955, los tres primeros merecen únicamente ocho años de presidio...”. El Tribunal aplicó la sanción establecida por la norma vigente “para la época en que se cometió el delito en cuestión”, olvidándose que el art. 3o. del C. Penal y el 5o. del C. de P. P. ordenar (sic) aplicar la ley posterior al hecho imputado cuando sea más favorable y es evidente que la pena mínima establecida en el decreto 2525 de 1963 es inferior a la señalada en el art. 1o. del decreto 1258 de 1955, y por lo tanto es la norma más favorable y la que ha debido aplicarse por mandato expreso de la Ley Penal y Procedimental y de la Ley 153 de 1887.

“Al aplicar indebidamente una norma más desfavorable a los procesados, el Tribunal incurrió en la causal de casación invocada en este capítulo, tanto por indebida aplicación de la Ley Penal, como por violación directa de la misma al incumplir el mandato imperativo de la misma de dar aplicación preferente a la “ley permisiva o favorable” aún cuando sea posterior al hecho que se investiga. La norma que debe aplicarse es en consecuencia la del art. 3o. del Decreto 2525 de 1963 que señala la penalidad mínima en cinco años de presidio que es la sanción que les corresponde dado que como lo reconoce el Tribunal no concurren en el presente caso, circunstancias de mayor peligrosidad que puedan aumentar la pena”.

La Corte considera:

A.— Basta repasar con algún cuidado la sentencia impugnada para concluir que los ataques hechos a la prueba en la demanda de casación aludida apenas se refieren a una

minima parte de la evaluada por el Tribunal, y olvidan aspectos fundamentales de ella. Concretamente el impugnador no ataca sino la confesión extrajudicial de Rafael Zúñiga, ya que en relación con José David Zúñiga y con José Carlos Ramírez se limita a la aseveración genérica de que no está probado que hacían parte de una cuadrilla, sin analizar los elementos de juicio en que se fundamentó el fallo recurrido, ni mucho menos demostrar que el sentenciador incurrió en manifiestos errores de hecho al apreciar el acervo probatorio. Lo afirmado por el abogado de los recurrentes es, apenas, un incompleto alegato de instancia carente de las razones necesarias para evidenciar errores de fondo y aún para manifestar, con claridad, puntos de vista diferentes a los de la sentencia controvertida.

B.— De otro lado, y en relación con la llamada confesión extrajudicial, repaldada no sólo con las declaraciones de Olimpo Lugo Moreno y Amadeo Bonilla, sino con otros elementos de convicción, conviene observar que esa clase de prueba, de acusada importancia en materia penal, puede y debe ser apreciada por el fallador dentro de amplios márgenes que discurren desde su ineficacia hasta el mérito de plena prueba, según las circunstancias que la rodean, y que, por tanto, las simples afirmaciones hechas en el libelo de casación no son suficientes a destruir la valoración que contiene la sentencia. No es posible, con tan exiguas razones, desvirtuar en este caso la soberanía casi absoluta del fallador para estimar el grado de convencimiento de esa confesión expuesta fuera de juicio.

C.— El Decreto 1258 de 1955, aplicado en la sentencia “sin más complicaciones o enmiendas” y que establecía una pena de presidio de ocho a catorce años para el delito de asociación para delinquir, fué reemplazado, en todo su contenido, lo mismo que el artículo 208 del C. P., por el artículo 3o. del Decreto 2525 de 1963, vigente cuando se pronunció el fallo de cuya casación se trata.

Aunque no se conozca la razón que tuvo el Gobierno para ello, es lo cierto que, conservando el máximo de la pena (catorce años de presidio) rebajó el mínimo de ocho a cinco años de la misma sanción.

Así las cosas, resulta evidente que la sentencia viola los preceptos invocados en la demanda, o sea los artículos 3o. del C. P., 5o. del C. de P. P., 44 y 45 de la Ley 153 de

1887, puesto que, calificada la delincuencia en el grado mínimo como lo hizo el Tribunal y como debe admitirse por la Corte, la ley posterior al tiempo en que se cometió el delito era más favorable para los condenados y regía en el momento de imponerles la sanción.

D.— Prospera, pues, en relación con Rafael Zúñiga, José David Zúñiga y José Carlos Ramírez la causal invocada de infracción directa de la Ley, por cuanto se ha aplicado una norma legal diversa de la aplicable al delito de asociación para delinquir.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo sólo en parte con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia recurrida así:

Primero: Totalmente, en cuanto al procesado Cupertino Calderón. Para juzgarlo se rehará el procedimiento desde la notificación del auto de apertura a prueba de

la causa, inclusive. (F. 200, Cd. 1o.), pero dejando a salvo la detención del procesado.

Segundo: Parcialmente, en cuanto a Rafael Zúñiga, José David Zúñiga y José Carlos Ramírez Moreno, a quienes condena a la pena principal de cinco (5) años de presidio, en lugar de ocho años a que los condenó la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué. Las sanciones accesorias que implican duración quedan reducidas al mismo término de la pena principal. En todo lo demás rige el fallo acusado.

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

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Con salvamento de voto; Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Oficial Mayor.*



SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DOCTOR EFREN
OSEJO PEÑA AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR

Con gran pesar de mi parte, me veo en la desagradable situación de salvar mi voto en la sentencia precedente, porque no comparto la opinión de que exista la llamada nulidad constitucional, como lo afirma el siguiente aparte:

“Considerando la Corte que, efectivamente, el susodicho defensor, posesionado del cargo, no pidió pruebas; no concurrió, a pesar de haber sido notificado personalmente del día y hora de su celebración, a la audiencia pública; no alegó verbalmente o por escrito ni en la primera ni en la segunda instancia, pero ni siquiera interpuso el presente recurso, debido a la actividad de Calderón, acepta que debe prosperar la causal invocada, ya que, como lo tiene dicho repetidamente, esta falta completa de asistencia judicial de un sindicato viola elementales preceptos de la Carta puesto que se condena a alguien sin la plenitud de una forma esencial del juicio como es la de ejercitar el derecho de defensa”. (fs. 2).

1o.— En el párrafo transcrito, en mi concepto, se confunde las formalidades propias del juicio, con la actividad de las partes dentro del proceso, pues, es indudable que si no se han observado formalidades sustanciales, cuya omisión *está expresamente sancionada con la nulidad*, podrá considerarse que se ha menoscabado el derecho de defensa del reo; más no ocurre lo propio con la actividad de los apoderados o defensores cuya negligencia no puede generar la nulidad del proceso, aún cuando puedan ser sancionados por la falta al cumplimiento de sus deberes o quebrantamiento de la ética profesional, que debía ordenarse investigar;

2o.— Si se acepta que la actividad de los apoderados o defensores en el juicio es una formalidad propia del juicio, cuya negligencia o total inactividad genera una nulidad, sin texto expreso desde luego, se deja en manos de aquellos *crear o causar* intencionalmente esta supuesta causal de nulidad, para alegarla en la etapa del proceso que consideren más oportuna, como cuando ya la acción penal ha prescrito, si el procedimiento debe rehacerse desde el auto de vocación a juicio.

En otras palabras, se llega a la absurda conclusión de que la mejor defensa que pueda hacer un apoderado a su cliente es la de no hacer nada, abandonando totalmente el

proceso o defensa, con el objeto de provocar la nulidad de la actuación, o sea, se le da carta de naturaleza a un fraude a la ley y en provecho de la impunidad de los delitos.

3o.— A propósito de las llamadas nulidades constitucionales, esta Sala en sentencia de fecha 11 de febrero del año en curso, en la causa seguida contra José del Carmen Reyes por el delito de homicidio agravado consumado en quien se llamó Arnulfo Gordillo Rivera, se expresó así:

“El art. 26 de la Constitución, en forma directa, no establece causales de nulidad, sino que se atiene a las normas propias de cada juicio dictadas por el legislador en cumplimiento del citado precepto, que se remite a *‘las formas propias de cada juicio’*; y como éstas no están previstas o determinadas en la Carta, necesariamente debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el C. de P. P., para saber qué omisiones, vicios o errores puede traer como sanción la nulidad de la actuación. En otras palabras, como las causales de nulidad no pueden inventarse *ad libitum*, necesariamente debe estarse a las previstas en los arts. 198 y 199 del citado Código (el último modificado por el art. 38 del D. No. 1358 de 1964) lo cual significa que a los juzgadores, con apoyo del art. 26 de la Constitución, no les es lícito elevar a la categoría de causales de nulidad cualquier clase de irregularidades en el proceso penal, porque no pueden ni deben convertirse en legisladores, ni menos enmendar *‘las formas propias de cada juicio’*, determinadas por el legislador.

“El art. 39 del D. No. 1358 de 1964 confirma las anteriores conclusiones, por cuanto allí se dice que, para considerar que *‘un acto no se ha verificado’*, se requiere que la ley *‘exija expresamente para la validez de determinado acto, se llenen ciertas formalidades’*, es decir, tales formalidades deben estar expresamente determinadas por la ley como elementos estructurales y esenciales del acto o de la diligencia; en consecuencia, si la ley *expresamente* no ha determinado, por ejemplo, que en la diligencia de posesión del defensor, *para su validez*, se requiere la expresión de la fecha, mes y año, la omisión de alguno de estos datos no autoriza al juez para declarar la nulidad de la diligencia o que

el 'acto no se ha verificado', expresión semejante a la de inexistencia o nulidad.

"En síntesis, el art. 39 del D. No. 1358 de 1964, si bien emplea términos un tanto distintos, sustancialmente ratifica el viejo principio de que las nulidades deben ser expresas y taxativas, quizá como una reacción del legislador a las llamadas 'nulidades constitucionales', que en la práctica han dejado al criterio de los jueces y magistrados determinar cuales son 'las formalidades propias de cada juicio', y como una secuela, crear a su arbitrio las causales o motivos de nulidad; por ejemplo, si según su criterio el defensor no fué eficiente en la defensa, o que ésta pudo ser mejor y más fundada, o bien que debió pedir la práctica de ciertas pruebas,

quizá consideradas inconvenientes por el defensor para los intereses de su cliente".

4o.— Huelga advertir que el C. de P. P. en ninguna disposición ha elevado a causal de nulidad la falta de actividad de los apoderados o defensores, porque, para la validez de la actuación, basta que el juez haya cumplido con el deber que al respecto le impone tal Código, como el de designar el defensor, notificarle el auto de proceder, etc., pues el plan de defensa queda al criterio del abogado.

Por los motivos expuestos considero que no existe la causal de nulidad que admite la sentencia.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

RECURSO DE REVISION

Retracción de testigos.— Examen crítico de las pruebas.

1.— No puede dejarse "al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera" (Revisión, 7 de junio de 1955, LXXX, 525).

2.— En torno al examen crítico de las pruebas, cuyo objeto es tratar de demostrar que en el fallo de la condena se hizo "una apreciación caprichosa" de ellas, apenas cabe observar que el ord. 3o. del art. 571 del C. de P. Penal, al prescribir que hay lugar a revisión cuando alguno está cumpliendo condena "y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo, no quiere 'significar' que para disponer esa medida excepcional, cuyo alcance es el de 'desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada', baste suscitar dudas sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en el proceso, o sobre los posibles errores de apreciación respecto de ellas, puesto que lo que se requiere, conforme al texto claro del precepto es la demostración, por medio de elementos probatorios, de esa falsedad que concurrió en el 'testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase', determinante del 'fallo respectivo' ". (Revisión, 18 de diciembre de 1963).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de revisión de que fué objeto la sentencia, debidamente ejecutoriada, del 30 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá condenó a BENITO GONZALEZ PEÑA, como responsable "del delito de incendio", a la pena principal de "VEINTICINCO (25) MESES DE PRESIDIO".

LOS ANTECEDENTES:

La noche del 2 de febrero de 1958, Benito González Peña se presentó, en estado de beodez, a la casa de su suegro Jesús Garzón, ubicada en las afueras de la población de Guasca, y luego de protagonizar un violento altercado con los miembros de su familia política, como su cónyuge, Ernestina Garzón, huyendo de la agresividad que exhibía, se refugió en la vecina casa de Eugenio Díaz, optó por prenderle fuego a esa casa, hecho en virtud del cual el Tribunal de Gachetá, entendiéndolo como constitutivo del delito de incendio y previa revocatoria de la absolución que dispuso el Juzgado 5o. Superior de Bogotá en su fallo del 11 de septiembre de 1961, mediante sentencia del 30 de agosto del año pasado lo condenó a la pena principal de "VEINTICINCO (25) MESES DE PRESIDIO".

LA DEMANDA:

En la demanda presentada por conducto de apoderado, el recurrente invoca, en el carácter de única, la causal de revisión prevista en el ordinal 3o. del artículo 571 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene, a través de un examen crítico de las pruebas del proceso y del referido fallo condenatorio, que éste se generó en "un testimonio falso o defectuoso", el de Jesús Garzón, según se desprende de lo que este mismo sujeto consignó en la declaración extrajudicial que rindió, a solicitud del interesado, ya en los fines del recurso que se examina.

EL TESTIMONIO DE GARZON:

Jesús Garzón fué precisamente la persona que formuló, con fecha 3 de febrero de 1958, la denuncia en que se originó el proceso. En esa denuncia manifestó que a eso de las once

de la noche del día anterior Benito González, yerno suyo, se había presentado a su casa, "todo borracho a pegarle a mis hijos" y que incluso a él le había propinado "dos puntapiés"; que a continuación, trasladándose a una esquina de la misma casa, "le prendió fuego a una pila de caña" que había contra la casa de Eugenio Díaz, situada "pared de por medio" con relación a la suya, produciendo, de esa suerte, el incendio que afectó tal casa, hecho que llevó a cabo previa declaración, consignada en frase procaz, de su expresa voluntad de quemar el mencionado inmueble.

En la declaración extrajudicial Garzón, retractándose de cuanto dijo en la denuncia y en abierta contradicción con lo que allí aparece, manifiesta que nada supo en torno a la persona que hubiera prendido el fuego, porque cuando se levantó "ya taba (sic) la caña encendida" y, por lo tanto, ya en marcha el incendio, y que, si es cierto que formuló la denuncia, también lo es que "jué (sic) por sospecha", puesto que nada vió.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).— La retractación de Jesús Garzón, planteada sobre la base de desconocer que la denuncia que formuló contra González fue directa y no a través de simples sospechas, como lo pretende en su declaración extrajudicial, carece de entidad con relación al recurso propuesto, en fuerza de que, acorde con la reiterada doctrina de la Corte, no puede dejarse "al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera" (Revisión, 7 junio 1955, LXXX, 525).

b).— En torno al examen crítico de las

pruebas, cuyo objetivo es tratar de demostrar que en el fallo de la condena se hizo "una apreciación caprichosa" de ellas, apenas cabe observar que el ordinal 3o. del artículo 571 del C. de P. Penal, al prescribir que hay lugar a revisión cuando alguno esté cumpliendo condena "y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo", no quiere "significar que para disponer esa medida excepcional, cuyo alcance es el de 'desvirtuar la fuerza de la cosa juzgada', baste suscitar dudas sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en el proceso, o sobre los posibles errores de apreciación respecto de ellas, puesto que lo se requiere, conforme al texto claro del precepto, es la demostración, por medio de elementos probatorios, de esa falsedad que concurrió en el 'testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase', determinante del 'fallo respectivo'" (Revisión, 18 diciembre 1963).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de revisión interpuesto contra el fallo de que expresamente se trata en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.

**LA CORTE NO PODRA TENER EN CUENTA CAUSALES DE CASACION
DISTINTAS DE AQUELLAS QUE HAYAN SIDO ALEGADAS
POR LAS PARTES.**

Invocación de la causal prevista en el ord. 4o. del art. 56 del Decreto 528 de 1964, con fundamento en el ord. 1o. del mismo texto legal, en su aspecto de violación de la ley, generada en errónea apreciación de pruebas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 1o. de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó al procesado GILDARDO LOPEZ GIRALDO, como responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Ancizar Osorio Raygoza, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes.

HECHOS Y ACTUACION:

El señor Procurador Segundo delegado en lo Penal, hace el siguiente resumen de lo ocurrido:

“En las horas de la noche de la fecha indicada (20 de septiembre de 1964) Osorio Raygoza se encontraba en una cantina de la zona de tolerancia del Municipio de Apía (Caldas) ingiriendo bebidas embriagantes y en momentos en que bailaba con la mujer Ruby Londoño fué atacado con arma blanca por un individuo que intempestivamente entró al establecimiento y le asestó una primera puñalada, para luego, al ver que su víctima corría huyendo de la agresión, darle alcance en la calle y propinarle dos cuchilladas más que le ocasionaron la muerte por anemia aguda. Los testigos presenciales del hecho

descrito atribuyeron su autoría a Gildardo López quien fué capturado esa misma noche por el funcionario instructor en la zona de tolerancia de Apía”.

Perfeccionada la investigación, de ese hecho conoció el Juzgado Tercero Superior de Pereira, el cual, considerándolo como constitutivo del delito de homicidio, mediante auto de 26 de febrero de 1965, llamó a juicio, en razón del mismo, a Gildardo López Giraldo, providencia que no fué recurrida y se declaró legalmente ejecutoriada. El Juzgado, en la motivación del enjuiciamiento, respecto a las modalidades del delito, expresó lo siguiente:

“... Y es igualmente cierto que tal homicidio fué consumado por Gildardo López Giraldo, conforme a la prueba que obra en el expediente, lo que realizó previa vigilancia que ejerció sobre la víctima hasta cogerla desprevenida, aprovechando el momento en que se encontraba bailando y persiguiéndola después para rematarla econtrándose ya en el suelo”.

Llegada la oportunidad legal se propuso al Jurado el siguiente cuestionario, el cual se transcribe conjuntamente con la respuesta, dada por unanimidad:

“El procesado GILDARDO LOPEZ GIRALDO, de naturaleza y demás condiciones civiles conocidas en el auto de proceder, es responsable, si o no, de haber dado muerte, con el propósito de matar, al señor ANCIZAR OSORIO, en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, utilizando para el efecto arma corto-punzante, lo que realizó en la zona de tolerancia de la ciudad de Apía (Caldas), el 20 de septiembre de 1964, siendo aproximadamente las diez de la noche?

“Respuesta: SI ES RESPONSABLE”.

En desarrollo del veredicto y mediante sentencia de primero de julio de mil novecientos sesenta y cinco, el Juzgado condenó a Gildardo López Giraldo a la pena principal de quince años de presidio. fallo que el Tribunal confirmó, como ya se indicó en la parte inicial de la presente providencia.

DEMANDA DE CASACION.

En la demanda, formulada conforme a las exigencias legales por el apoderado del precitado López Giraldo, el recurrente invoca, en su orden, las causales de casación previstas en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964.

Con apoyo en la primera de ellas, sostiene el recurrente que la sentencia impugnada “se dictó sobre un juicio viciado de nulidad en razón de la errónea valoración de la prueba recogida dentro del informativo por el jurado de conciencia”. Y agrega, a este mismo respecto: “La nulidad surge en este negocio por el desconocimiento que hizo el H. Tribunal de los presupuestos procesales determinados por el artículo 203 del C. de P. para dictar sentencia condenatoria en materia penal que resulte ajustada a derecho. En efecto, el artículo ya citado, exige que para que se pueda dictar sentencia condenatoria en materia criminal, es necesario 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”.

El recurrente, después de transcribir en lo pertinente algunos testimonios ampliados durante la etapa probatoria del juicio, sintetiza así su pensamiento:

“Los testimonios anteriores constituyen prueba eficaz en derecho para desvirtuar los fundamentos del auto de llamamiento a juicio proferido por el Juez de Derecho en contra de mi defendido. Tales testimonios nos demuestran con claridad meridiana que el señor Gildardo López Giraldo no es ‘PENALMENTE RESPONSABLE’ de la muerte del señor Ancizar Raygoza”.

“El jurado de conciencia reunido para juzgar al procesado en el acto de Audiencia Pública, en forma injusta desechó la certeza que emanaba de dichas probanzas, para condenar en forma injusta al señor Gildardo López Giraldo a la pena de 15 años de

presidio”.

Luego, se alude en la demanda a la circunstancia de que en la sentencia del Tribunal Superior de Pereira se cambió el apodo de ‘Pandero’ con el cual se conocía a López Giraldo por el de ‘Panadero’, lo cual califica el recurrente como un “yerro protuberante”, que “induce a poner en tela de juicio la sabiduría de las decisiones judiciales del H. Tribunal, especialmente en materia penal”.

El demandante, con sustentó en lo antes expuesto, solicita se invalide la sentencia de segundo grado y se declare nulo el proceso a partir del auto de detención, con fundamento en la nulidad constitucional prevista en el artículo 26 de la Carta, por violación directa del artículo 204 del C. de P. P. y por aplicación indebida del 203 de la misma obra, por parte del Tribunal Superior de Pereira.

Al amparo de la causal primera, el recurrente dice en forma textual:

“Impugno la sentencia recurrida que condenó al procesado Gildardo López Giraldo por aplicación indebida del artículo 363 del C. P. La indebida aplicación de la ley penal sustancial surge del hecho suficientemente demostrado dentro del expediente mediante las pruebas suficientemente analizadas en la causal 4a. de casación, que el procesado ha debido ser exonerado de responsabilidad. La negativa del reconocimiento de su inocencia indujo al H. Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 363 del C. P.

“Como consecuencia de la fundamentación de la causal 1a. de casación, prevista en el Decreto ya citado, atentamente pido a la H. Corte que invalide la sentencia recurrida y dicte en su lugar la que deba reemplazarla, al tenor de lo dispuesto por el artículo 570 del C. de P. P.”.

CONCEPTO DEL PROCURADOR.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda y mediante un conciso estudio, expresa que son improcedentes los cargos formulados en el ámbito de las causales invocadas por el recurrente, y, en consecuencia, solicita que se deseche el recurso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

La Sala procede al examen de las causales

invocadas, siguiendo su orden lógico de presentación.

a).— Lo que ocurre claramente en el presente caso es que se invoca la causal de casación del ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 y se fundamenta, en cambio, la del ordinal 1o. del mismo texto legal, en su aspecto de violación de la ley, generada en errónea apreciación de pruebas, por lo que, siguiendo las prescripciones de los artículos 569 y 568 del C. de P. Penal, debe rechazarse aquella, por no haberse justificado, y no admitirse la otra que trató de fundamentarse, por no haberse aducido, no sin recordar que este ha sido el criterio de la Corte, recavado a través de reiterada jurisprudencia.

b).— La causal 1a. tampoco puede prosperar, porque se adujo como consecuencia de la 4a., la cual, como quedó advertido, es improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema

—Sala de Casación Penal— acuerde 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 del 1o. de septiembre del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y por medio de la cual se condenó a GILDARDO LOPEZ GIRALDO, como responsable del delito de homicidio en la modalidad de asesinato, a la pena principal de quince años de presidio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.



DELITO DE HOMICIDIO.— DERECHO DE DEFENSA

Cargos por violación de los arts. 168 y 195 del C. de P. P. y supuesta nulidad procesal prevista en el numeral 2o. del art. 198 ibidem.— Infundada acusación respecto de la aplicación de normas desfavorables al sindicado.— Circunstancias de mayor peligrosidad.— Mandatario.— Revocación de poder y constitución de nuevo mandatario.— Derecho de las partes a interponer los recursos que la ley concede.— Vigencia de la ley nueva procedimental.— Causales de casación de los ords. 4o., 2o. y 1o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.—

1.— Si bien es cierto que el ord. 3o. del art. 2189 del Código Civil preceptúa que el mandato termina por la revocación del mandante, no lo es menos que el art. 2191 establece lo siguiente: "El mandante puede revocar su mandato a su arbitrio y la revocación expresa o tácita, produce su efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella".

Y aunque el Código de Procedimiento Penal, no prevé en forma especial el caso sub iudice, de su articulado se infiere que al hacer de forzosa aceptación el cargo de defensor, su relevo no puede producirse sino mediante la constitución de su reemplazo, pues por imperativo legal el procesado debe estar en todo momento asistido por su apoderado.

Por eso, el Código de Procedimiento Civil cuyas disposiciones son aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opongan a lo establecido en el Código de este ramo o en leyes especiales, consagra en su art. 266: "Con la constitución de nuevo apoderado o sustituto se entiende que se revoca el poder o la delegación anterior, a menos que sea para otra instancia o para recursos o acciones determinadas".

Es, pues, la constitución de nuevo mandatario, no propiamente la revocación expresa o tácita del poder lo que genera el relevo del anterior mandatario, a quien, por consiguiente, hay que considerar de jure condito, mientras no se produzca aquel hecho, como el legítimo personero de quien fuera su comitente.

2.— El derecho de las partes a interponer los recursos que les concede la ley no depende de ninguna circunstancia distinta a la de su propio arbitrio. El hecho de no ejercitarlos en un momento procesal dado, no anula ni menoscaba la facultad de hacerlo en todas las oportunidades que a las partes les brinda la ley.

La notificación de todos los autos se efectúa con este objeto y a ello obedecen los términos para su ejecutoria.

La jurisdicción del Juez a quo o del

ad quem para conocer de un determinado recurso no depende de la parte que lo interponga sino de su procedencia, y el hecho de proponerlo sólo constituye la ocasión de ejercitarla en un caso concreto, pues la competencia la da la ley y ella misma fija los límites y condiciones de su ejercicio.

3.— Conforme a lo que dispone el art. 40 de la Ley 153 de 1887 —ha dicho la Corte—, cuando la ley nueva procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la sustanciación y ritualidad de los mismos, porque el legislador supone o estima que la ley nueva está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerla a una mayor probabilidad de ser condenado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de octubre de 1964 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por la cual se reforma la de 8 de abril anterior del Juzgado 2o. Superior del mismo distrito en el sentido de condenar a JUAN ORTEGON ORTEGON a la pena principal de doce años de presidio,

en vez de diez, que le fué impuesta por dicho juzgado como autor responsable del delito de homicidio en la persona del Mayor (R.) Milciades Pinilla Contreras, quien falleció a consecuencia de heridas producidas con arma cortopunzante, hecho que tuvo su cumplimiento en las horas de la tarde del 22 de mayo de 1948, en el punto denominado "Tres Esquinas" de la comprensión Municipal de Tinjacá, y que se relaciona así por el mismo Tribunal en providencia de 5 de diciembre de 1961 confirmatoria del auto de proceder:

"Milciades Pinilla Contreras, Mayor del Ejército en uso de buen retiro, viajaba el 22 de mayo de 1948 hacia Chiquinquirá en los buses de servicio que hacen línea de Tunja a esa ciudad. En el mismo vehículo, como es costumbre también viajaban varias personas. Así las cosas, en el curso del viaje el Mayor Pinilla Contreras comentaba las medidas que había tomado el Gobierno Seccional encaminadas a garantizar la tranquilidad de la región del occidente de este departamento. Una vez que llegaron a la población de Sutamarchán, el bus se demoró para dejar y recoger pasajeros. Entre las personas que deseaban viajar estaban Roberto Ortégón, Juan Ortégón y Prisciliano Rodríguez; el conductor del bus les hizo de presente que no los podía transportar por falta de cupo y esto dió motivo para que los Ortégón lanzaran expresiones injuriosas y amenazas de muerte al chofer si no los llevaba. Seguramente ante estas amenazas el conductor del bus resolvió transportar a tales sujetos hasta Tinjacá. En dicho poblado Roberto y Juan Ortégón adoptaron actitudes agresivas y belicosas y se dieron a la tarea de injuriar a varias personas y a las autoridades del lugar; algunos de los ciudadanos que presenciaban estos incidentes los calmaron y el bus continuó su marcha hasta llegar al sitio denominado "Tres Esquinas" y allí el Mayor Pinilla Contreras junto con el señor Demetrio Parra se desmontaron para tomar sus cabalgaduras y dirigirse a sus casas.

"En atención a que el Mayor Pinilla tuvo un contratiempo consistente en que se le perdió el tiquete, se dirigió al ayudante del bus para contarle lo

sucedido y éste a su turno le dijo que era mejor que se entendiera con el conductor para que resolvieron lo conducente. En el momento en que se sucedían estos incidentes, el Mayor conversaba con el conductor del bus, y Juan Ortégón continuó lanzando frases ofensivas, desenfundando un cuchillo que portaba y con esa arma tronchó la vida del Mayor Pinilla Contreras e inmediatamente emprendió la fuga".

TRAMITE DEL PROCESO.

Iniciada la investigación el mismo día de ocurridos los hechos, se cerró por auto de 15 de diciembre de 1949 y se calificó el mérito de la misma mediante el de 12 de abril siguiente, en el que entre otras decisiones se llamó a responder en juicio por el delito de homicidio a Juan Ortégón Ortégón. La actuación, empero, a partir de dicho auto, se declaró nula en providencia de 31 de mayo de 1958.

En tales circunstancias el doctor Daniel Páez Pérez como apoderado del premencionado Juan Ortégón pidió al juez del conocimiento que se enviara el proceso al Tribunal Superior Militar por considerar que su patrocinado era acreedor al beneficio de amnistía. El juez accedió a lo solicitado en auto de 26 del mismo mes de agosto.

El Tribunal concedió ese beneficio en providencia de 10 de septiembre de 1959. Apelada ésta fue revocada por la Corte mediante la suya de 3 de febrero siguiente.

Convalidada la actuación según lo ordenado en el referido auto que declaró su nulidad, por el de 21 de julio de 1961 se clausuró de nuevo la investigación cuyo mérito se calificó por el de 2 de octubre del mismo año con los decretos de sobreseimiento que en el se contienen y con la vocación a juicio de Juan Ortégón Ortégón por el delito que desde un principio se le atribuyera en la modalidad específica a que se refiere el artículo 362 del Código Penal como se expresa en su parte motiva

Al notificársele a Ortégón dicho auto nombró como defensor suyo al doctor Daniel Páez Pérez que venía asistiéndolo y quien posesionado de su cargo el 13 de dicho mes de octubre, al día siguiente, al serle notificada aquella providencia, interpuso contra élla recurso de apelación que desató el Tribunal

Superior de Tunja por auto de 15 de diciembre de 1961 confirmando en todas sus partes el apelado.

La providencia del Tribunal fué notificada personalmente en los días 6 y 7 del mismo mes al señor Fiscal de la Corporación y al procesado, y por Estado a quien o a quienes no la recibieron en esa forma.

Sin embargo, Juan Ortégón en memorial que aparece fechado en la Penitenciaría de Tunja el 4 de diciembre precitado, esto es, un día antes de proferirse el auto del Tribunal, pero que fué recibido según constancia secretarial el 6, o sea, un día después, recusa a su defensor, doctor Daniel Páez Pérez, por presunta violación de las normas que cita, y le revoca el poder que le había conferido "para que actúara a mi nombre —dice— en las distintas etapas del proceso".

En ese memorial Ortégón no nombra nuevo defensor.

Recibido él y puesto a despacho del Magistrado Ponente, el señor apoderado de la parte civil, que no había apelado el auto de proceder, interpone recurso de reposición contra el del Tribunal que confirmó aquél "para que se declare que en la muerte violenta del Mayor Pinilla se puso a la víctima en estado de indefensión o inferioridad".

Como ese recurso se interpusiera oportunamente, por auto de 19 de enero de 1962 se ordenó que permaneciera el negocio en la Secretaría del Tribunal a disposición de las partes por el término de dos días y que volviera luego a despacho para resolver.

Tal auto fué notificado personalmente el 20 del mismo mes de enero al señor Fiscal y al procesado. También lo fue por estado a la parte o partes restantes.

El 22 Ortégón suscribe un memorial que es recibido el 23 en el que nombra como su defensor al doctor José Antonio Martínez. Al día siguiente se puso en conocimiento de éste esa designación quien la aceptó en la misma fecha y cuya personería se reconoció por auto de 26 del mencionado mes de enero que se notificó personalmente al Ministerio Público y al procesado, el 31, y por estado a quien o quienes debían también serlo.

No obstante el inculpado en escrito recibido el 30 del referido mes pide que se tenga y se le de posesión al doctor Celio Alfonso Ortégón como vocero—defensor suyo.

Entre tanto, el 13 de febrero siguiente el

doctor José Antonio Martínez, toma posesión de su cargo.

Dos días después se dicta un auto para que el procesado Juan Ortégón aclare su memorial sobre designación de vocero, aclaración que éste hace el 22 del mismo mes.

En auto de 1o. de marzo de 1962 se reconoce como vocero suyo al doctor Celio Ortégón y como se observara "que no aparece constancia de que el negocio haya permanecido en la Secretaría a disposición de las partes por dos días, como se ordena en el auto que obra a folio 26 del cuaderno de la instancia", "se ordena que se de cumplimiento inmediato a dicho auto y vuelva el negocio al despacho para resolver el recurso inmediatamente...".

La Secretaría a quien estaba dada esa orden la cumple, según aparece de la respectiva constancia, y por auto de 9 del mismo mes de marzo, se desata el recurso en el sentido solicitado por el actor civil, esto es, considerando en la parte motiva de la providencia del Tribunal que el delito que se atribuye al procesado no es el de homicidio simplemente voluntario sino el de homicidio agravado por la circunstancia prevista en el numeral 5o. del artículo 363 del Código Penal.

Tal auto se notificó personalmente el 10 de marzo al Fiscal, el 15 al procesado, y por estado fijado el día siguiente a los demás. Ninguna de las partes interpuso recurso alguno contra ese proveído.

El 22 de dicho mes se posesionó de su cargo de vocero de la defensa Celio Alfonso Ortégón, y por oficio fechado el 27 se devolvió el proceso al juzgado de origen.

Allí se adelantó la causa conforme al correspondiente rito procesal, y en el acto de la celebración del juicio en el que el procesado estuvo asistido por su vocero y por su defensor, se propusieron al jurado los cuestionarios que debía contestar y que fueron absueltos negativamente en favor del inculpado.

Por auto de 30 de octubre de 1962 se declaró claramente contrario a la evidencia de los hechos ese veredicto.

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación el defensor del inculpado, recurso que el Tribunal resolvió mediante la suya de 31 de enero de 1963, confirmatoria de la apelada.

Torna el proceso al juzgado de origen, y en

la nueva audiencia que se celebra el jurado responde así las cuestiones que se le propusieron: con un "sí" la referente a la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio simplemente intencional; con un "no", la concerniente a la circunstancia de agravación del hecho por haberlo cometido "tomando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad".

Con fundamento en ese veredicto se pronuncia el 10 de abril de 1964 la sentencia condenatoria. El procesado la apela. Se le concede el recurso por auto de 27 del mismo mes.

En memorial fechado el 24 y recibido el 30, Juan Ortégón Ortégón confiere poder al doctor Antonio José Uribe Prada para que lo defienda en el proceso. "entendiéndose que quedá revocado cualquier poder anterior".

Por auto de 30 de abril en cita, se le reconoció al doctor Uribe Prada su personería y en la misma fecha se posesiona de su cargo.

Ya en el Tribunal el negocio y durante la tramitación de la alzada el mencionado abogado solicita que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder por haber sido dictado el que lo confirmó "sin que el sindicato tuviera defensor".

El Tribunal empero por sentencia de 8 de octubre de 1964 desecha tal petición y reforma la sentencia apelada aumentando de diez a doce años de presidio la pena principal que en ésta se había impuesto.

Contra el fallo del ad—quem el doctor Uribe Prada interpone recurso de casación. Se le concede por auto de 17 de noviembre siguiente, sustentándolo oportunamente, así:

LA DEMANDA.

El recurrente invoca en élla las causales de casación de los ordinales 4o., 2o. y 1o. del artículo 567 del Código de P. Penal.

CAUSAL CUARTA.

Primer cargo.— Al aducirlo se pretende que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de observancia de las normas propias de él relativas al derecho de defensa.

Estriba este cargo en el hecho de que el procesado Juan Ortégón en memorial fechado un día antes de que el tribunal confirmara el auto de proceder que apeló su defensor le

revocó a éste el poder que le había dado para que lo asistiera en el proceso. Se estima que desde ese día quedó sin apoderado, ya que el que nombró después para que asumiera su personería no se posesionó sino el 13 de febrero de 1962, y que durante ese lapso, frente a la actuación que se estaba cumpliendo, careció de defensor.

Al respecto el recurrente dice:

"Durante sesenta y nueve días, desde un día antes de confirmarse por el Tribunal el auto de proceder, el 4 de diciembre de 1961, hasta el 13 de febrero de 1962, el sindicato Juan Ortégón Ortégón no estuvo asistido de apoderado, con violación del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal.

"En el lapso de sesenta y nueve días de que se ha hablado tuvieron lugar los siguientes hechos procesales: el 5 de diciembre confirmó el Tribunal el llamamiento a juicio del juzgado, que no fué notificado al defensor del acusado, porque no existía; el 14 de diciembre la parte civil que no había apelado del auto de proceder dictado por el juzgado, pidió reposición del auto por el cual fue confirmado, para que se agravara la calificación del homicidio; el día 1o. de marzo de 1962 se ordenó tramitar la reposición por auto notificado a las partes, a excepción del defensor, que no existía.

"Es verdad que el Tribunal, por auto de 1o. de marzo de 1962, no encontrando constancia Secretarial que acreditara el traslado común de la solicitud de reposición, mandó hacerlo y que dicho traslado volvió a darse. Pero ocurre que el auto en que así se dispuso no fue notificado en ninguna de las formas autorizadas por la ley, y no lo fue tampoco al sindicato personalmente, razón por la cual ninguna de las partes tuvo información de ese nuevo traslado. Con esto se violaron los artículos 168 y 195 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse notificado el auto cuestionado y haberse cumplido sin estar ejecutoriado.

"Con base en la síntesis anterior hago la afirmación de que el juicio se desarrolló sin la plenitud de las formas propias de él, establecidas en la ley procesal y sin estar asistido el sindicato

de defensor, violándose el artículo 26 de la Constitución Nacional.

“Por este motivo se ha incurrido en la causal 4a. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal”.

Segundo cargo.— Lo configura el actor en una supuesta falta de jurisdicción del Tribunal para conocer del recurso de reposición interpuesto por la parte civil contra el auto que confirmó el de proceder.

Se arguye que ese auto fue apelado por el defensor del acusado; que tácitamente lo consintió dicha parte; que ésta carecía por tanto de personería para interponer aquel recurso; que por consiguiente el Tribunal no tenía jurisdicción para desatarlo, y que si en virtud de tal apelación “el H. Tribunal Superior recibió la jurisdicción para conocer del asunto . . . , en cualquier momento de su tramitación el defensor apelante hubiera podido renunciar el recurso o desistir de él, y el Tribunal, por pérdida de jurisdicción, hubiera tenido que devolver al Juzgado el expediente con la providencia ejecutoriada. Ni el Ministerio Público ni la parte civil hubieran podido oponerse a tal desistimiento ni a la ejecutoria de la providencia no apelada por ellos”.

Se concluye conforme a tal razonamiento que el Tribunal, “al modificar su providencia confirmatoria del auto de proceder, agravando la calificación (del delito) en virtud de la reposición interpuesta por la parte civil, usurpó jurisdicción, dando lugar a una nulidad procesal, que es la prevista en el numeral 2o. del artículo 198 del Código de P. Penal, puesto que la providencia cuya reposición se pedía quedó ejecutoriada”.

Tercer cargo.— Se hace consistir “en haberse aplicado al negocio penal de Juan Ortégón Ortégón la reforma procesal establecida por los decretos 242 y 1231 de 1951, sin haberse tenido en cuenta que las normas contenidas en los arts. 481, 442, 443, 444, 445, 446 y 447 del Código de Procesamiento Penal, han debido ser los aplicados para el caso de autos, en atención a su favorabilidad.

El impugnador confronta estas normas con las de aquellos decretos, y deduce en estos términos la favorabilidad de las antiguas sobre las nuevas:

“a) Por el Decreto 242 de 1951 (art. 1o.) se dispuso que el jurado se compondría de tres miembros;

“b) Por el Decreto 1231 de 1951 (art.

4o.) se dispuso que, ejecutoriado el auto de proceder, queda abierto el juicio a prueba por tres días;

“c) Por el Decreto 1231 (art. 7o.) se dispuso que después del sorteo se entregaría una copia del auto de proceder a cada jurado, dejándose el expediente en la Secretaría a sus órdenes por cinco días comunes.

“Estas reformas del año de 1951 disminuyeron con perjuicio del sindicado las garantías procesales establecidas en el Código de Procedimiento Penal, así:

“a) El Código en su art. 481 establecía cinco miembros del jurado, en lugar de tres, que estableció la reforma;

“b) El Código en sus arts. 442, 443, 444, 445, 446 y 447, establecía, en lugar de un término común de tres días en la Secretaría, para pedir pruebas, un término de TRASLADO del expediente al Fiscal por tres días, prorrogable hasta por diez días, para que dijera si tenía pruebas que pedir, de modo que una vez devuelto el expediente por la Fiscalía quedaba a disposición de las partes el expediente diez días, prorrogable hasta por otros diez días, para que las partes dijeran si tenían pruebas que pedir, después de lo cual se abriría el juicio a prueba.

“c) Por último, el Código establecía en su artículo 516 que después de elegido el jurado de cinco miembros, a cada uno se le haría traslado del expediente por el término necesario para estudiarlo, en lugar de limitar su ilustración con la lectura exclusiva del auto de proceder, como lo dispuso la reforma”.

Y tras de insistir que son más favorables las disposiciones derogadas y de consiguiente de preferencial aplicación, expresa:

“... si los jueces de instancia no tuvieron el cuidado de considerar, tratándose del tránsito de normas anteriores a normas posteriores, cuáles eran las normas más favorables para el caso sub-judice, y si aplicaron las normas contenidas en los decretos 242 y 1231 de 1951, a pesar de que los arts. comprendidos entre los 442 y 481 del Código de Procedimiento Penal, contenían normas más favorables para el sindicado y para la justicia, incurrieron

también en una nulidad constitucional, por cuanto no se aplicaron las normas propias del juicio, al tenor del art. 5o. del Código del Procedimiento Penal y del art. 26 de la Constitución Nacional”.

CAUSAL SEGUNDA.—

Cuarto cargo.— Se acusa mediante él la sentencia recurrida “por errada interpretación de los hechos, consistente en haberles dado un valor de que carecen y utilizándolos como circunstancias que influyen en la determinación de la sanción, de acuerdo con el numeral 2o. del art. 567 del C. de P. Penal”.

Se asevera que en ella —en forma por cierto no exenta de contradicción— “el H. Tribunal halló la gravedad del ilícito no sólo en la manera como fué ultimado el Mayor Pinilla Contreras sino en la carencia de motivos determinantes. Es decir, que el H. Tribunal se abstuvo de calificar la gravedad del ilícito en la forma por él adoptada y tuvo en cuenta para dar por establecido este factor de graduación de la pena otro distinto, el de la carencia de motivos, de carácter exclusivamente negativo”.

Tras de otras consideraciones relacionadas con el ambiente social de conmoción política por la época del delito y que según el actor fuerzan a “admitir al menos la posibilidad de que la descomposición social de la época hubiera influido en alguna forma al sindicado en la ejecución de los hechos”, lo que veda estimar los motivos inexistentes “como antisociales o incompatibles con la convivencia social”, se añade:

“Tuvo en cuenta además el H. Tribunal, como tercer factor para la graduación de la pena (las circunstancias de mayor peligrosidad) el haber atacado el sindicado a la víctima sorprendentemente, impidiéndole el menor acto de defensa sin causa justificable y haber sido contumaz con la justicia”.

“De la primera debe decirse que fué una circunstancia modificadora del delito, tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador en el auto que aparece al folio 34 del cuaderno 8o., por el cual se modificó el auto de proceder”.

Y en cuanto a la contumacia, consistente en la fuga del acusado, se expresa, conforme a la jurisprudencia de la Corte que se cita, que

la fuga del delincuente no puede erigirse en circunstancia agravante de la penalidad.

“Por lo anterior —dice el actor— deduzco que el Tribunal sentenciador apreció mal las circunstancias de mayor peligrosidad, así como los factores determinantes del ilícito, hecho este suficiente para concluir en la necesidad jurídica de que se case el fallo recurrido. Además tuvo en cuenta la fuga como circunstancia de mayor peligrosidad, lo mismo que una circunstancia modificadora del delito negada por el jurado”.

CAUSAL PRIMERA.—

Quinto cargo.— Se impugna con él el fallo recurrido “por ser violatorio de la ley penal por indebida aplicación de los artículos 36 y 37 del Código Penal”.

Este —se dice— determina las circunstancias de mayor peligrosidad, y aquél los factores que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador para la graduación de la pena.

Se señalan dos violaciones de dichos textos: la primera consistente en que “el juzgador carece de facultad para darle a otras circunstancias distintas de las puntualizadas en el artículo 37 del Código Penal el carácter de circunstancias de mayor peligrosidad”, y en que el Tribunal le dió ese carácter en la sentencia recurrida a “la contumacia del sindicado, consistente dizque en haberse fugado para hurtarle el cuerpo a la justicia”, no estando incluida en ese artículo la fuga como circunstancia de tal índole. La segunda, por haber el fallador apreciado “el carácter sorpresivo del ataque, que impidió al occiso “el menor acto de defensa” para agravar la sanción, como circunstancia de mayor peligrosidad, después de haber modificado el homicidio con la causal 5a. del artículo 363 del Código Penal, tomando en cuenta “cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad”, negada por el jurado”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

En él se estudian detenidamente todos los cargos que se le hacen a la sentencia y se pide que se deseche el recurso de casación, interpuesto contra ella. A sus razonamientos se referirá luego la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1 — Revocado el mandato que venía ejerciendo el doctor Daniel Páez Pérez sin que en el memorial en que ésto se hizo se constituyera nuevo apoderado, el que se nombró por posterior escrito, el actor al formular el primer cargo parte del supuesto de que es inmediato el efecto que conlleva la revocación del poder.

Sin embargo, no es lo mismo ésto que aquéllo, pues si bien es cierto que el ordinal 3o. del artículo 2189 del Código Civil preceptúa que el mandato termina por la revocación del mandante, no lo es menos que el artículo 2191 establece lo siguiente: "El mandante puede revocar su mandato a su arbitrio y la revocación expresa o tácita, produce su efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de élla".

Y aunque el Código de Procedimiento Penal, no prevé en forma especial el caso sub-judice, de su articulado se infiere que al hacer de forzosa aceptación el cargo de defensor, su relevo no puede producirse sino mediante la constitución de su reemplazo, pues por imperativo legal el procesado debe estar en todo momento asistido por un apoderado.

Por eso, el Código de Procedimiento Civil cuyas disposiciones son aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opongan a lo establecido en el Código de este ramo o en leyes especiales, consagra en su artículo 266: "Con la constitución de nuevo apoderado o sustituto se entiende que se revoca el poder o la delegación anterior, a menos que sea para otra instancia o para recursos o acciones determinadas".

Es, pues, la constitución del nuevo mandatario, y no propiamente la revocación expresa o tácita del poder, lo que genera el relevo del anterior mandatario, a quien, por consiguiente, hay que considerar, de jure condito, mientras no se produzca aquel hecho, como el legítimo personero de quien fuera su comitente.

Resulta así jurídicamente sin piso la afirmación del recurrente de haber el procesado carecido de defensor en el intervalo que señala, esto es, entre la fecha de la revocación del susodicho poder y la de la constitución del nuevo apoderado.

Y si ésto no ocurrió y todas las providencias dictadas en ese lapso fueron

notificadas en la forma que se indicó atrás, con la sola excepción de la que implicaba una orden a la Secretaría y que por tal razón no necesitaba ser notificada, no cabe decir tampoco que por este aspecto no tuvo el acusado oportunidad de oponerse a las pretensiones de la contraparte. Si tal derecho no se ejerció mediante la interposición de los recursos correspondientes, es cuestión que carece de atinencia jurídica en cuanto a la impugnación de la sentencia a través del primer cargo.

Por otra parte, las nulidades procedimentales son taxativas, y las que se pretenden derivar de aquel supuesto, no están catalogadas como tales en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

En la demanda se ha aludido a la causa de invalidez que señala el ordinal 3o. del texto primeramente citado. Pero élla se refiere al auto de proceder propiamente tal, no al que en una segunda instancia lo adiciona o reforma, según lo que la Corte misma ha expresado en los siguientes términos:

"La notificación personal del auto de proceder, sólo es obligatoria en la primera instancia o cuando el juzgador ad-quem revoca el sobreseimiento dictado por el juez a-quo y califica el mérito del sumario abriendo el debate judicial, pero la reforma o adición del auto de proceder, no implica nuevo llamamiento a juicio sujeto a notificación personal, máxime cuando en la parte resolutive de dicho auto se conserva la misma denominación genérica del delito que el C. P. le asigna en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divide en capítulos. Lo contrario llevaría a la conclusión absurda de afirmar la existencia de dos autos de proceder en un mismo negocio y por un mismo delito.

"Así, pues, la omisión —notificación personal— de la providencia que revisa el auto de proceder, cuando élla no contiene un nuevo llamamiento a juicio, no es ni está erigida por la ley penal en causal de nulidad; ello cuando más puede constituir una irregularidad, pero en ningún caso motivo de nulidad" (Auto, 31 marzo 1955, LXXIX, 915).

Por tanto, aún en la hipótesis de que esas notificaciones no se hubieran hecho como lo

quiere el recurrente, esa omisión no tendría el significado que pretende darle. Menos aún podría élla sobre estimarse como un motivo de nulidad suprallegal. También la Corte se ha expresado sobre el particular así:

“Las notificaciones de las providencias judiciales, y la exigencia de que algunas de ellas se hagan personalmente a los interesados, son ritualidades comunes a todos o casi todos los juicios, y no son, por tanto, formas propias, vale decir, peculiares características o exclusivas de ninguno de ellos. El omitirlas o efectuarlas irregularmente no engendra, pues, nulidades de carácter constitucional por inobservancia de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución, que se refiere a éstas y no a aquéllas. Tales anomalías tienen su sanción en las leyes procesales, como ocurre con la falta de notificación “en debida forma” del auto de enjuiciamiento (C. de P. P., Art. 198, ord. 3o.), que establecen cuándo constituyen nulidades y cómo se sanean.

“En consecuencia, el haberse notificado al defensor o defensores por estado la providencia confirmatoria del auto de proceder, aunque se admita que ha debido hacerse en forma personal, entraña a lo sumo el vicio de nulidad previsto por el ord. 3o. del Art. 198 del C. de P.P., que “desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal”. (Cas., 29 agosto 1958, LXXXVIII, 810).

Y éste es un aspecto importante por cuanto la nulidad que ahora se propone, refiriéndola a las notificaciones del auto que adicionó el de proceder de la primera instancia, equiparando para tal efecto aquél con éste, no se reclamó dentro de dicho término y vino a alegarse por primera vez cuando el proceso subió al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, cuando se tramitaba él.

Finalmente, aunque se aceptara como lo hace el Ministerio Público, que el procesado no tuvo defensor ni durante la tramitación del recurso de reposición interpuesto por la parte civil contra el auto del Tribunal confirmatorio del de proceder, ni cuando se desató el recurso, y que por consiguiente “no estuvo en

condiciones de reclamar contra la providencia de fecha 9 de marzo de 1962 (fl. 34 cuad. 8o.), como tampoco de oponerse a la expresada y definitivamente triunfante petición elevada por el apoderado de la parte civil”, tal informalidad, cometida en la segunda instancia durante la tramitación de la apelación del auto de proceder no sería un vicio o defecto procedimental equivalente a una violación del artículo 26 de la Carta por la razón que expresa así el Procurador:

“No acredita tal cosa porque lo verdadero y decisivo es que no influyó en el desenlace definitivo de la acción. Y careció de tal virtud desde luego que si bien es cierto que al acusado se le llamó a responder ante el Tribunal popular de un delito de homicidio voluntario agravado, no es menos evidente que el definitivo cargo en razón del cual el jurado lo halló responsable, fue el de homicida simplemente voluntario; y ya se sabe que con relación a esta clase de inculpación, sí dispuso de la respectiva oportunidad procesal y gozó de todas las garantías constitucionales para intentar exonerarse de éllas”.

De modo que por cualquier aspecto que se considere esta cuestión, no puede prosperar el cargo referente a élla.

2 — En el segundo se sostiene que la parte civil no tenía personería para solicitar la reposición del auto que confirmó el de proceder por no haber sido élla la que apeló de éste y que careciendo de esa personería, el Tribunal usurpó jurisdicción al conocer de ese recurso, ya que de haber desistido el apelante aquel auto hubiera quedado ejecutoriado.

El derecho de las partes a interponer los recursos que les conceda la ley no depende de ninguna circunstancia distinta a la de su propio arbitrio.

El hecho de no ejercitarlos en un momento procesal dado, no anula ni menoscaba la facultad de hacerlo en todas las oportunidades que a las partes les brinda la ley.

La notificación de todos los autos se efectúa con este objeto y a éllas obedecen los términos para su ejecutoria.

La jurisdicción del juez a quo o del ad quem para conocer de un determinado recurso, no depende de la parte que lo interponga sino de su procedencia, y el hecho de proponerlo sólo constituye la ocasión de ejercitarla en un caso concreto, pues la

competencia la da la ley y ella misma fija los límites y condiciones de su ejercicio.

El desistimiento traído a cuento en la argumentación del recurrente, se presenta como una simple hipótesis, y sobre lo que pudo ser y no fue, no es dable razonar válidamente. Aquéllo, de haber ocurrido, hubiera originado una situación diametralmente diferente a la que afrontaron las partes y resolvió el Tribunal.

Este nuevo cargo es, pues, inconsistente por especioso.

3 — En el tercero se plantea un aparente conflicto entre normas referentes a una misma materia, sustitutivas las unas de las otras, y se sostiene que las anteriores debieron aplicarse de preferencia a las posteriores por ser aquéllas más favorables que éstas.

Todas esas disposiciones son de carácter netamente procedimental. En ninguna de ellas hay precepto alguno de orden sustantivo. Por las segundas no se hace sino modificar el trámite previsto en las primeras en cuanto a la sustanciación y ritualidades del proceso. Intactos quedan los medios defensivos del acusado.

Procedía, por tanto, su aplicación inmediata en consonancia con lo que dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Conforme a esta disposición —ha dicho la Corte—, cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la *sustanciación y ritualidad* de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerla a una mayor probabilidad de ser condenado.

No puede, por tanto, aceptarse el tercer cargo.

4 — En cuanto al cuarto, en la sentencia recurrida se exponen así los motivos que indujeron a dosificar la pena principal al nivel en que se hizo:

“La disposición violada es el artículo 362 del Código Penal, que señala una pena de ocho a catorce años de presidio.

“Dentro de estos límites deberá fijarse

la sanción, dando también aplicación al artículo 36 *ibidem*, que ordena que para fijar la sanción al delincuente, se tendrá en cuenta la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente.

“El homicidio que dió origen a esta investigación tiene características de gravedad, por la manera como fue ultimado el Mayor (r.) Pinilla Contreras, la carencia de motivos determinantes, propiamente el homicidio carece de razones explicables.

“En lo que respecta a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, es conveniente observar que el victimario atacó a su víctima sorpresivamente, impidiéndole el menor acto de defensa, sin causa justificable, y ha sido contumaz con la justicia.

“Con el correr de los días se logró localizar en la cárcel de La Picota de Bogotá a Ortégón en donde estaba pagando condena por hurto de ganado mayor con el nombre supuesto de *Adán Téllez García*.

“Las consideraciones que se acaban de anotar dan fundamento para aumentarle la pena, como lo pide el señor Fiscal colaborador”.

Pero el recurrente dice que en ese fallo se incurrió, al individualizar esa pena, no sólo en una errada apreciación de las circunstancias de mayor peligrosidad y de los factores determinantes del ilícito, sino también por haber tenido en cuenta la fuga como circunstancia de mayor peligrosidad, “lo mismo que una circunstancia modificadora del delito negada por el jurado”.

La Sala prohija como suya la respuesta que a dicho planteamiento da el Ministerio Público:

“El primer cargo lo niega este despacho por la simple razón de que al repasar lo que evidencian los autos, ineludible es inferir que el ataque de que se hizo objeto al Mayor Milcíades Pinilla fue absolutamente gratuito, cobarde e inesperado, ya que el victimario no le dió tiempo para aprestarse a la defensa y poder repeler la injusta agresión.

“Y por haber actuado de tal modo Juan Ortégón, el juzgador no dijo que el

hecho de haberle impedido el atacante al atacado el menor acto de defensa, como elemento psíquico hacia parte del dolo, sino que más bien consideró, haciendo uso de la amplia facultad de que trata el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, que esa acción material y no preordenada de obstaculizar o impedir la defensa del ofendido, configuraba la circunstancia prevista en el ordinal 6o. del artículo 37 del C. P.

“Descartada que fue por los jueces de conciencia la acción material de que se trata, como equivalente a una circunstancia específica de agravación del delito, es verdad que al juez ad—quem le estaba vedado considerar que la infracción penal de la cual fue hallado responsable el acusado, correspondía a un homicidio voluntario agravado o asesinato. Pero es cierto también que dicha prohibición, derivada del hecho de haber negado soberanamente el jurado que el elemento subjetivo propio del delito hubiera excedido en intensidad volitiva al simple dolo de propósito propio del homicidio, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que el Tribunal estaba en imposibilidad de deducir que el hecho de haber impedido el agresor que su víctima se defendiera, corresponde precisamente a la circunstancia prevista en el ordinal 6o. del artículo 37 del C. P.

“En resumen, ese hecho imputable al agresor, como no fue admitido a modo de circunstancia específica agravante por el jurado, sí podía legalmente ser tenido en consideración por el juez de derecho como circunstancia de mayor peligrosidad. Así pues, ningún error de apreciación se evidencia por el anotado aspecto y, en consecuencia, no resulta cierto aquéllo que dice el actor de que el Tribunal tuvo en cuenta una circunstancia modificadora del delito negada por los jueces populares, porque de haberle tenido en mientes, la condena impartida habría sido por asesinato y no por homicidio simplemente voluntario.

“Examinando ahora la acusación por un segundo aspecto, tampoco viene a ser válido argüir, como lo hace el impugnador, que en la sentencia no fue

calificada la gravedad del hecho, porque al respecto basta con recordar, para desvirtuar tal afirmación, que el ad—quem expresó que el delito había sido cometido “sin causa justificable”, careciendo su autor de motivos determinantes, y si anotó dichos particulares en la comisión del hecho, la gravedad del mismo resulta manifiesta.

“En lo que sí le asiste razón al señor demandante es cuando protesta de que en el fallo haya sido valorado el hecho de haberse fugado el acusado, como circunstancia de mayor peligrosidad. Y razón tiene, desde luego que en ninguno de los ordinales previstos por el artículo 37 aparece previsto el cuestionado hecho en forma que su concurrencia de lugar a aumentar la pena mínima señalada para el respectivo delito.

“Se le otorga razón por este aspecto; mas sin embargo de é ello, la Procuraduría no llega a la conclusión de que este último cargo tenga la virtud de justificar una disminución de la penalidad impuesta por el ad—quem, precisamente porque de todos modos, al ser dosificada la sanción, jugó papel una circunstancia de mayor peligrosidad y, porque además, a nadie puede ocultársele la gravedad del delito cometido.

“En consecuencia y por haber desempeñado papel una sólo siquiera circunstancia de mayor peligrosidad, no es jurídico ni legal casar parcialmente el fallo con base en la causal segunda que se analiza.

“El fundamento de este último aserto cree encontrarlo la Procuraduría, en la siguiente doctrina de la Corte:

“En cuanto a las circunstancias de peligrosidad, aunque el Tribunal no hubiese encontrado sino una y sobre ella justificase la elevación de la pena en el supuesto de que faltase la demostración de la inferioridad de los ofendidos, aquella única circunstancia bien podría servir para que fuera superior al mínimo la pena imponible a los reos. Dentro del mecanismo que el Código contiene para la individualización de la condena, en virtud del arbitrio que otorga a los jueces, basta la presencia de una sola circunstancia para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la

sanción. (Casación de Jorge Medina Sarmiento. 28 de enero de 1949. G. J. Tomo LXV. números 2068—69 página 412)".

"Así las cosas, la causal segunda de casación que ha sido invocada, carece de justificación y debe, por lo mismo, ser desechada", como en efecto, y por virtud de tales razones, la desecha la Sala.

5 — En cuanto al último cargo, basta observar que fallido el anterior, y siendo la causal primera consecencial de la segunda, dado el fundamento de hecho que a aquélla se asigna en la demanda, precisa concluir que tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de

Casación Penal— de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida y ORDENA devolver este expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.

RECURSO DE REVISION

1.— *Reiteradamente esta Corporación ha sostenido que los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y de segunda instancia; que la fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción si no de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado.*

2.— *El recurso de revisión en el evento de la causal 3a. del artículo 571 del C. de P.P. "no tiene por objeto 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..."*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

La Alcaldía Municipal de Pereira por sentencia de 18 de septiembre de 1963 absolvió a RODRIGO MUÑOZ SARRIA y a MIGUEL A. VARELA MARMOLEJO, por estimar que no había prueba suficiente para considerarlos incurso en el estado de especial peligrosidad del numeral 28) del artículo 7o. del decreto 0014 de 1955.

Apelada por la parte civil dicha sentencia, la Gobernación del Departamento de Caldas mediante la suya de 13 de noviembre siguiente, la confirmó en lo referente a la absolución del segundo de los nombrados y la revocó en lo concerniente al primero. Dispuso, en su lugar, imponer a éste, por el

mencionado estado de especial peligrosidad, la medida de seguridad de dos a seis años de relegación a colonia agrícola.

Por demanda recibida en la Corte el 21 de agosto de 1964, el señor apoderado de Rodrigo Muñoz Sarria, interpuso recurso de revisión contra dicho fallo.

Acogido el libelo y cumplidas las demás formalidades previas a la decisión definitiva, se procede a resolver.

HECHOS:

En la sentencia recurrida se reseñan así:

"De las constancias procesales se desprende que en las primeras horas de la noche del 27 de agosto de 1961 y de la calle 15 entre carreras séptima y octava del área urbana de Pereira, desapareció, por apoderamiento ilícito del mismo, un jeep marca "Willys", de color verde y capota negra desteñida, placas M-23803, motor CJ2A-28549, el cual desde temprano había estacionado allí su dueño GUSTAVO MELO LONDOÑO, quien, al denunciar ese hecho, como consta al folio 1, explicó que el vehículo se podía identificar porque le había retirado las luces medias genuinas que le cambió por unas farolas japonesas, porque detrás de los guardafangos delanteros le colocó dos desviadores de aire para darle ventilación al piso y porque unas ranuras de ventilación que tiene el vehículo en el guardafango izquierdo delantero y todos los vehículos traen en forma que salga el aire o calor del motor, él se las invirtió para que entrara aire y ventilara el piso del carro que se recalentaba. Agregó que con las declaraciones de Noel Velásquez Arango Gerardo Echeverri, Gonzalo Saavedra Ernesto Echeverri y Miguel Ortiz, quien se lo vendió, puede probar la propiedad preexistencia y consiguiente falta de

automotor, cuyo valor estima en cinco mil pesos, moneda legal. Agregó Melo Londoño, en declaración que obra al folio 7, que el 12 de marzo de 1962 y como a las cuatro de la tarde, ocasionalmente vió tal vehículo en el garaje denominado "AUTOMUNDIAL", situado en la carrera 10 entre calles 19 y 19 bis de Pereira, el cual identificó plenamente, porque a más de los distintivos anteriores y como defecto de fabricación la persiana del vehículo esta caída de un lado. Y que allí le manifestó LIBARDO GARCIA ser dueño del vehículo, porque lo había comprado en Cali en la suma de cinco mil pesos y que como para pagarlo había girado un cheque, iba a dar orden de que no lo cubrieran al Banco de Colombia de Chinchiná. Agregó el denunciante que compró el vehículo a MIGUEL ORTIZ, pero que como éste lo había comprado a LUIS CARLOS SALDARRIAGA, fue éste quien directamente le hizo los comprobantes de venta y explicó que aun cuando el vehículo es modelo 1947, auténtico, como le cambiaron el torpedo, da muestras de ser un vehículo modelo 1952 y que el vehículo que era de color verde, muestra ahora un color gris plomo, aun cuando por debajo tiene el color verde".

En dicho fallo se relacionan de un lado todas las pruebas mediante las cuales se logró la identificación de ese vehículo, y de otro las que se adujeron en sentido contrario y según las cuales ese automotor no fue el que Melo le compró a Ortiz Peláez, sino el que García Cano obtuvo de Nepomuceno Valens R. y éste de Muñoz Sarria quien afirma haberlo adquirido "por compra a un sujeto para el desconocido, de apellido Varela".

"Ahora bien —se agrega en la misma sentencia—: como según la constancia que obra al folio 17 en la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito del Valle del Cauca, en Cali, se encontraba matriculado un vehículo de placas No. V-12-083, se tiene que dicho vehículo, que resulta ser el mismo que fue encontrado por el denunciante GUSTAVO MELO LONDOÑO en poder de LIBARDO GARCIA CANO, es el siguiente:

MARCA. WILLYS.
 COLOR. GRIS.
 MODELO. 1947.
 CAPACIDAD. CINCO PASAJEROS.
 MOTOR No. 4LR-115977.

"Y, en relación con la historia y trasposos del mismo, consta:

"En enero 16 de 1958 se le cambió color café por gris. Que fue matriculado inicialmente a nombre de JAIME PEREZ; que éste traspasó el vehículo a CARLOS CONCHA; que el 13 de agosto de 1952, Concha traspasó tal vehículo a MIGUEL A. VARELA; que Varela, el 16 de enero de 1957, lo traspasó a RODRIGO MUÑOZ SARRIA (sic); que éste, el 31 de octubre de 1961, lo traspasó a NEPOMUCENO VALENS R. y que el 10 de marzo de 1962, Valens R. lo traspasó a LIBARDO GARCIA CANO".

"Esta constancia de tradición de propiedad del vehículo que se acaba de mencionar es completamente falsa, como se deduce de la declaración juramentada del doctor MIGUEL ANTONIO VARELA MARMOLEJO, al folio 69 vuelto en la cual explica él que el JEEP que compró a CARLOS CONCHA, por allá en el año de 1959, NO SE LO HA VENDIDO A NADIE, "PUES TODAVIA LO TENGO EN MI PODER". Y se confirma con las claras explicaciones que el citado doctor Varela Marmolejo suministra en su declaración indagatoria del folio 90, donde dice que no conoce a Rodrigo Muñoz Sarria, ni ha tenido negocios con él; que el vehículo que compró a CARLOS CONCHA es un JEEP WILLYS, de motor Número 4LR-115977, Modelo 1947, color verde combinado, con cabina metálica, distinguido con placas N. 124141 de Tuluá. Que de éste lugar era su cédula de ciudadanía en el año 1952, con el número 3.068.152 de Tuluá; que el jeep citado ha estado en su poder desde cuando lo adquirió en tal año del señor Carlos Concha, hasta la fecha de su injurada; que nunca ha solicitado cambio del motor de ese vehículo, ni regrabación del número de tal motor. Dice además que sigue sosteniendo que no conoce ni ha tenido negocios con RODRIGO MUÑOZ SARRIA (sic) y respecto a la certificación de tradición de propiedad del vehículo, sostiene que "... debe tratarse de una clásica falsificación; inclusive que se está haciendo aparecer la venta de un vehículo que aún conservo en mi

CLASE. JEEP.

poder, pues no lo he enajenado a persona alguna desde que lo adquirí del señor Carlos Concha. . .” De mi documentación y cédula antigua —agrega— solamente me he despojado en forma transitoria para que la persona encargada de solicitar el cambio de placas, colores, cabina metálica, haga la solicitud correspondiente ante las respectivas oficinas, pero esos documentos han vuelto a mi poder en forma inmediata. . .” Que el vehículo ha estado matriculado en Cali con placas No. 5943 y que inicialmente lo hizo matricular en mayo de 1954 en la Inspección de Tuluá con placas 10412. “Creo que aquí en relación con este automotor —afirma este sindicato— se trata de que alguna persona abusando de mi nombre, de mi cédula antigua y teniendo como pantalla mi vehículo HA HECHO FIGURAR OTRO VEHICULO, para en esta forma perjudicar a tercero, inclusive a mí haciéndome perder un tiempo precioso e incluyéndome en un sumario donde francamente nada tengo que ver. REPITO QUE NO CONOZCO AL SEÑOR RODRIGO MUÑOZ SARRIA, EL VEHICULO QUE LE COMPRE A CARLOS CONCHA LO TENGO EN MI PODER, NO LO HE ENAJENADO EN FORMA ALGUNA y me es inexplicable por qué aparece certificación de que yo vendí tal vehículo cuando eso no se ha operado. . .”

“Y del hecho de que MIGUEL ANTONIO VARELA MARMOLEJO nunca traspasó el vehículo a que se refiere el certificado antes citado a RODRIGO MUÑOZ SIERRA (sic), dan prueba completa a más de la diligencia injurada del doctor Varela, la diligencia de careo entre éste y el sindicato Muñoz S. en donde éste dice que el doctor Varela no fue la persona que le vendió el jeep —que Muñoz S. vendió luego a Valens R. y éste a García Cano— y que se da cuenta de que “... quien me vendió el carro fue una supuesta persona, que se hizo pasar por este señor. . .”

No obstante, a los autos se trajeron, además de la supradicha constancia que se desechó por falsa, los testimonios de Modesto Herrera, de Alberto Cajiao, de Hernando y Hoover Nazario Puerta Naranjo, de Alberto Toro Garrido y de Oscar Ramiro Ayala, con los cuales se quiso demostrar que el vehículo a que esa constancia se refiere lo adquirió Muñoz Sarria en la fecha que en ella se señala; que lo tuvo por algún tiempo abandonado; que lo hizo reparar; que lo mantuvo a su servicio como dueño, quieta, pública y

pacíficamente hasta cuando lo dió en venta, y sobre cuyo valor probatorio, al aludir a ellos, se expresa la Gobernación así:

“... Si se tiene de presente que el vehículo fue sustraído a su propietario el 27 de agosto de 1961, las citas de testigos que hace el sindicato RODRIGO MUÑOZ SARRIA para demostrar la compra que dice realizó el 16 de enero de 1957 de ese jeep, a más de inconducentes, son físicamente imposibles por la simple razón de que, lógicamente no pudo él adquirir el automotor de propiedad de Gustavo Melo Londoño, en la fecha que menciona. Al contrario, la cita de esa fecha como la de adquisición del vehículo por parte del sindicato, dice del afán de éste por establecer la coartada, puesto que, en realidad, con esa misma fecha aparece realizada la compra en la falsa certificación de tradición de la propiedad del vehículo, suministrada por las autoridades de tránsito de Cali.

“Por el contrario, milita contra el sindicato Muñoz Sarria el hecho de aparecer él vendiendo, el 31 de octubre de 1961, el vehículo a Nepomuceno Valens R., porque ello indica que en un transcurso exactamente de dos meses y cuatro días, corridos del 27 de agosto de 1961 al 31 de ese mismo mes y año, se realizó el cambio del número del motor en el jeep de propiedad del señor Gustavo Melo Vallejo, hecho que establece claramente la falsedad del citado certificado”.

En esta forma, tras el consiguiente análisis probatorio, la Gobernación encontró establecidos los siguientes hechos demostrativos de la responsabilidad de Rodrigo Muñoz Sarria en el caso de autos:

“PRIMERO: Está plenamente probado en el expediente el hecho de la sustracción del JEEP marca WILLYS, de color verde y capota negra desteñida, placas número M-23803 y motor número CJ2A-28549, de propiedad de GUSTAVO MELO LONDOÑO, en la noche del 26 al 27 de agosto de 1961 y de una calle del área urbana de la ciudad de Pereira.

“SEGUNDO: Está plenamente probado en el expediente que dicho vehículo fue encontrado por su dueño, el

12 de marzo de 1962 en un garaje denominado "AUTOMUNDIAL", en la misma ciudad de Pereira y en poder del señor *LIBARDO GARCIA CANO*.

"*TERCERO*: Está plenamente demostrada la identidad del vehículo sustraído, al cual se le hicieron varias modificaciones con el fin de lograr que no fuera identificado, entre las cuales la más importante fue la regrabación del número de su motor, el cual se cambió por el que exhibía cuando fue recuperado, esto es, el número 4LR-115977.

"*CUARTO*: Está plenamente probado en los autos que *LIBARDO GARCIA CANO* adquirió el vehículo por compra que del mismo hizo en Cali, el 8 de marzo de 1962, a *NEPOMUCENO VALENS R.* y también está plenamente probado que éste lo adquirió el 31 de octubre de 1961 por compra que del mismo hizo, en Cali, al sindicado *RODRIGO MUÑOZ SARRIA*.

"*QUINTO*: Este sindicado *MUÑOZ SARRIA* ha sostenido que tal vehículo lo hubo por compra que de él hizo el 16 de enero de 1957 al doctor *MIGUEL ANTONIO VARELA MARMOLEJO*, afirmación que se destruye por el simple hecho de que en esa fecha el vehículo no se encontraba en poder del citado Varela, ni éste lo vendió a Muñoz, quien buscó establecer que el jeep por él adquirido era el que Varela había comprado a *CARLOS CONCHA* el 13 de agosto de 1952, automotor éste que nunca salió y aún pertenece a Varela, que es su legítimo propietario. En consecuencia, el hecho de estar demostrado que el 31 de octubre de 1961 el sindicado Muñoz Sarria hubiera vendido a *Nepomuceno Valens R.* el Jeep de propiedad de Melo Londoño, a más de establecer que Muñoz tenía en su poder el vehículo de Melo Londoño, estructura un *indicio grave* de responsabilidad contra Muñoz Sarria por la circunstancia de no haber podido éste explicar y menos justificar, en forma alguna, la posesión del automotor sustraído".

LA DEMANDA

Se invocan en ella como causales de

revisión las previstas en los ordinales 5o y 3o del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, en el numeral 13o del libelo, el actor se expresa en los siguientes términos:

"Con posterioridad a la condena, el suscrito ha recogido las siguientes pruebas que demuestran inequívocamente la inocencia de Muñoz Sarria o al menos constituyen indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad, a saber:

"A). Testimonios de los señores *CARLOS ERNESTO CAMPO*, *NICOLAS LOZANO*, *ALFARO ERAZO*, *GABRIEL GARCIA*, *EDGAR DE LA CRUZ*, *HERNANDO CAJIAO*, *ALFREDO COLORADO ECHEVERRI*, *LUIS EDUARDO HENAO*, personas honorables y suficientemente conocidas en esta ciudad, cuyos testimonios acreditan que Rodrigo Muñoz Sarria poseía el jeep que le fue decomisado a *Libardo García Cano*, desde el año de 1957. Que esa posesión fue pública, tranquila y pacífica, pues el condenado utilizaba el automotor para trasladarse de un lugar a otro sin ocultación de ninguna especie, ni embarazo o dificultad alguna por parte de la autoridad pública o de terceros pretendientes de mejor derecho. Esas declaraciones, recibidas extrajudicialmente por el Juez Primero Superior del Distrito Judicial, no fueron conocidas por el señor Gobernador de Caldas, funcionario que condenó sobre el supuesto de que Rodrigo Muñoz Sarria había adquirido ilícitamente el objeto de la investigación con posterioridad al 27 de agosto de 1961, fecha del hurto de que se hizo víctima al ciudadano *Gustavo Melo Londoño*. Una prueba testimonial tan abundante, coherente, enfática y clara, no puede menos que demostrar en forma plena el hecho de la previa posesión de ese vehículo desde la fecha indicada y establecer, por inferencia, la inocencia completa de Rodrigo Muñoz Sarria. Entre esos testimonios merece especial mención el del señor *Nicolás Lozano*, pues ante él se presentaron Rodrigo Muñoz Sarria y "*Miguel A. Varela*" a solicitarles que les confeccionara los respectivos papeles de traspaso.

"B). Presento además como prueba de la inocencia del recurrente, el certificado expedido por la Tesorería Municipal de Cali en el que consta que Rodrigo Muñoz Sarria pagó impuestos por el citado vehículo *EL DIA 4 DE AGOSTO DE 1961*, según recibo de Caja número 12607. Ese recibo demuestra con plenitud, al tenor de lo dispuesto por los artículos 251 del Código de Procedimiento Penal normas concordantes del Código de Procedimiento Civil, que Rodrigo Muñoz Sarria tenía en su poder el jeep "Willys" de placas 12083 y demás especificaciones, *CON ANTERIORIDAD A LA FECHA EN QUE FUE HURTADO O ROBADO EL JEEP DE GUSTAVO MELO LONDOÑO*, lo cual quiere decir que el aparato vendido por él a Nepomuceno Valens y por éste a Libardo García Cano, no es el mismo que fue objeto del delito cometido en Pereira el 27 de agosto de 1961. El documento refuerza decisivamente el valor de la abundante prueba extrajudicial que presento, y lleva al espíritu del juzgador la certeza de la inocencia del recurrente o, en el peor de los casos, constituye indicio grave de su falta de responsabilidad.

"C). Como tercera prueba de la inocencia o falta de responsabilidad penal del recurrente, presento el certificado expedido por el señor Francisco Martínez, Jefe de la Sección de Registro y Empadronamiento de la Dirección Departamental de Tránsito y por el Secretario respectivo, en el que consta que *Rodrigo Muñoz Sarria SOLICITO EL CAMBIO DE PLACAS EL DIA 3 DE AGOSTO DE 1961*, es decir, antes de la fecha del cumplimiento del delito agotado en la ciudad de Pereira. Las placas que le fueron asignadas en reemplazo de las antiguas, fueron las correspondientes al número V. 12083, lo cual significa que *Rodrigo Muñoz Sarria vendió a Nepomuceno Valens y éste a Libardo García Cano, un vehículo que estaba en su poder antes de la fecha del robo del vehículo de Gustavo Melo Londoño y que, por consiguiente, mal puede afirmarse que se trata del mismo automotor y deducirle a mi cliente responsabilidad penal alguna por ese concepto*".

Consecuencialmente en cuanto a la causal tercera manifiesta:

"De los documentos que presento, se desprende que son falsos los testimonios de los señores Gustavo Melo, Noel Velásquez, Miguel Ortiz, Ernesto

Echeverri y Gerardo Echeverri, quienes reconocieron el vehículo como de propiedad de Gustavo Melo Londoño. En esas condiciones, la prueba de la falsedad de ese grupo testimonial hace perfectamente aplicable la disposición legal anteriormente citada".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Es adverso a las pretensiones de la demanda y en él se rebaten, una a una, las apreciaciones del actor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1 — Reiteradamente esta Corporación ha sostenido que los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión deben ser distintos de aquéllos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia; que la fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción si no de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado.

2 — Los testimonios presentados en este caso como pruebas nuevas, lo son sólo en el sentido de que aparecen rendidos por personas que no declararon en las instancias. No en cuanto a su contenido, pues en relación con los hechos básicos que se pretenden demostrar con ellos, esto es, que Rodrigo Muñoz Sarria poseía el jeep que le fue decomisado a Libardo García Cano desde el año de 1957 y que esa posesión fue pública, tranquila y pacífica, otros declarantes — como ya se dijo y cuyos nombres se citaron atrás — se refirieron en el curso de la investigación a ellos, habiendo sido sus testimonios desechados en fuerza de los que demostraban lo contrario, como lo fue también, con idéntico fundamento, la prueba documental que se adujo para establecer que el 16 de enero de 1957 Muñoz Sarria había adquirido por compra hecha a Miguel A. Varela, el referido jeep.

3 — Se trata, por consiguiente, de nuevos declarantes, pero no propiamente de pruebas nuevas. La cuestión que sus testimonios suscita fue debatida ampliamente en el fallo recurrido a través de similares elementos de convicción y de los que a éstos se oponían y con los cuales se confrontaron.

4. — Los nuevos testimonios resultan así contrapesados por las pruebas del proceso que —a juicio de la Gobernación— acreditan la responsabilidad de Muñoz Sarria. Esas deposiciones cuya fuerza probatoria no puede inferirse de su aislada consideración, carecen, por tanto, de virtud suficiente para formar un criterio de presunción o de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado.

5. — A favor de éste el demandante aduce como segunda prueba el certificado expedido por el Secretario General de la Tesorería Municipal de Cali, según el cual Rodrigo Muñoz Sarria pagó impuesto de rodaje por el vehículo en referencia (placas número V-12083) el 4 de agosto de 1961, lo que significa en concepto del actor que lo tenía en su poder con anterioridad al 27 de agosto del mismo año, fecha en que fué hurtado el jeep de Gustavo Melo Londoño y que, por consiguiente, aquel vehículo no es el mismo que fue objeto de dicho delito.

Tal certificado dice en lo pertinente así:

“Que en cuanto a pago de impuestos de rodaje, sólo hay constancia de haberse pagado los impuestos correspondientes al cuarto trimestre de 1961, pago efectuado en noviembre 8 de 1961, recibo número 1586 y los meses de agosto a septiembre de 1961, pago efectuado el día 4 de agosto del mismo año de 1961, recibo de pago número 12607. Estos pagos son los únicos de que aparece comprobación en la oficina de tabulación del Municipio de Cali”.

No dice en primer lugar dicha constancia que el pago efectuado en el citado mes de agosto lo hiciera Rodrigo Muñoz Sarria. En segundo lugar, ese certificado no puede significar otra cosa que lo que en él se expresa, esto es, que se pagó en la fecha indicada. De ninguna manera da pie para hacer las deducciones que el demandante deriva de él. El hecho de pagar un impuesto por el rodaje de un vehículo, no implica que éste necesariamente se halle en poder de quien lo sufraga.

Además, que en tal fecha lo tuviera como dueño Muñoz, fue lo que como punto cardinal del proceso se debatió en las instancias.

Carece, pues, esta prueba de atinencia jurídica en orden a la fundamentación del recurso. Por razones análogas a las expuestas

en relación con la primera, no demuestra élla, por sí misma, que Muñoz Sarria sea inocente del delito que se le imputa. Lejos está, por eso, de constituir al respecto o una evidencia o una presunción en su favor.

6. — La tercera prueba, o sea el certificado visible a los folios 27 y 27 vuelto del cuaderno de la Corte se relaciona directamente, como observa el Ministerio Público, con la que obra al folio 29 del cuaderno principal.

El Procurador coteja esas dos certificaciones en las cuales —afirma— se destacan varias contradicciones; así, la primera dice:

“DIRECCION DEPARTAMENTAL DE TRANSPORTES Y TRANSITO DEL VALLE DEL CAUCA.— El suscrito Oficial de Registro y Empadronamiento, CERTIFICA: Que el Jeep, marca Willys, color gris, modelo 1947 capacidad cinco (5) pasajeros, motor 4—LR—115977. Placas de servicio Particular V—12—083 Nal. de Cali, se halla debidamente registrado en esta oficina con la siguiente TRADICION:

Matrícula inicial en abril 11 de 1951, a nombre de JAIME PEREZ, sin fecha pasó a nombre de CARLOS CONCHA (sic) con fecha agosto 13/52 pasó a nombre de MIGUEL A. VALERA, con fecha enero 16/57 a nombre de RODRIGO MUÑOZ SARRIA (sic), con fecha marzo 10/62 a nombre de LIBARDO GARCIA CANO, con C. C. No. 4499219 de Pereira, quien figuró como su último propietario y en la misma fecha solicitó la cancelación de la matrícula por traslado a la ciudad de Pereira Cali, marzo veintitrés (23) de mil novecientos sesenta y dos (1962). LUIS CARLOS RENTERIA G. Oficial Registró y Empadronamiento.

“Y a su paso la segunda:

“DIRECCION DEPARTAMENTAL DE TRANSPORTES Y TRANSITO DEL VALLE DEL CAUCA.— El suscrito Jefe de Registro y Empadronamiento certifica: *Que revisada la tarjeta que en el kárdex que lleva esta oficina se encontraron los siguientes datos:* Jeep marca Willys tipo Universal, modelo 1947 color gris, capacidad de cinco pasajeros, servicio particular, motor 4RR—115977. Inicialmente fue matriculado en esta oficina el 11 de abril de 1951 a nombre del señor JAIME PEREZ, posteriormente al señor

CARLOS CONCHA, el 13 de agosto de 1952 a nombre del señor RODRIGO MUÑOZ SARRIA (sic) *quien el 3 de agosto de 1961 solicitó cambio de placa 5943 de 1952 por la B-12083, servicio particular.* El 31 de octubre de 1961 pasó a nombre del señor Nepomuceno Valens R. y el 10 de marzo de 1962 pasó a nombre de Libardo García Cano Titular de la cédula de ciudadanía No. 4499219 de Pereira (Caldas) *quien con la misma placa B-12083 canceló matrícula del 10 de marzo de 1952 por traslado a la ciudad de Pereira (Caldas).* (Se han subrayado los datos que aparecen en esta última certificación que no fueron anotados en la primera).

“Vale la pena destacar, que la certificación que obra a folio 29 del primer cuaderno, fue otorgada el 23 de marzo de 1962, fecha para la cual debían aparecer los documentos con los cuales se certificara el cambio de placas hecho por el señor Libardo García Cano, y que no aparece consignado, en la certificación aportada por el doctor Carlos Holmes Trujillo. Por lo demás, el sello utilizado en las dos certificaciones es el correspondiente a una misma oficina y hace referencia exactamente a la misma documentación, con base en la cual se había otorgado el certificado del folio 29 del primer cuaderno; consecuentemente el fallador tuvo oportunidad de conocer esa pieza procesal y fue tenida en cuenta para el fallo. De esta forma, el documento aportado por el recurrente, no constituye prueba nueva en los autos”.

Más aún, la constancia de folio 17 del cuaderno principal, que la Gobernación desechó por falsa, es, en cuanto a su origen, a la descripción del vehículo y a su tradición, fundamentalmente idéntica al certificado de folios 27 y vuelto del cuaderno de la Corte, aducido como prueba no conocida por el juzgador ad-quem.

Cabe agregar que el hecho que con tal certificado se trata de comprobar (haber solicitado el cambio de placas el 3 de agosto de 1961), al igual que el referente al pago del impuesto de rodaje, presuponen la propiedad y posesión del vehículo y su fuerza probatoria derivaría de haberse establecido ese presupuesto. No lo contrario, pues aquéllo está subordinado a éste, y sabido es que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

No puede, por tanto, dársele en tales circunstancias a esa prueba la virtud que le

asigna el demandante en su pretensión de fundar sobre ella, a través de la causal quinta, el recurso de revisión.

7 — Aduce finalmente la prevista en el ordinal tercero del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal y la sustenta en la escueta afirmación de que, de los documentos por él presentados se desprende que son falsos los testimonios de los señores Gustavo Melo, Noel Velásquez, Miguel Ortíz y Ernesto y Gerardo Echeverri, quienes reconocieron el vehículo como de propiedad de Gustavo Melo Londoño.

Ahora bien, como toda causal de revisión tiene, según doctrina de la Corte, su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que intente.

La pertinente en el caso del ordinal citado es la que “demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento, etc., de aquéllos que pudieron determinar el fallo respectivo”.

Pero esta prueba no la ha presentado el actor. No puede ella consistir en el simple parangón que apenas insinúa entre la aducida por él, y que en su concepto es la verdadera, y los testimonios que la contradicen y que en su concepto son, por ello mismo, falsos.

El recurso de revisión en el evento de la causal en referencia “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...”.

A ello, empero, conduciría el planteamiento que respecto de esta causal ha pretendido hacer el actor.

En todo caso, no constituyendo tal enunciado la prueba específica que ese motivo de revisión exige, tampoco puede prosperar por este aspecto la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto del Ministerio Público, NIEGA el recurso de revisión a que se contrae esta providencia y ORDENA devolver el proceso a la Alcaldía Municipal de Pereira.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

*Samuel Barrientos Restrepo, Humberto
Barrera Domínguez, Eduardo Fernández*

*Botero, Simón Montero Torres, Antonio
Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio
Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.*

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.



LESIONES PERSONALES.— LAS NULIDADES Y EL DERECHO DE DEFENSA.—
AMPLIACION Y ACLARACION DEL DICTAMEN PERICIAL.

1.— *Las nulidades constitucionales o supralegales elaboradas por la doctrina, extrañas a los vicios de procedimiento que sancionan los arts. 198 y 199 del C. de P. P. se refieren a la prosecución regular del juicio y tienden primordialmente a tutelar el derecho de defensa, el cual encuentra su natural desenvolvimiento en el ámbito de aquél, por lo que no es acertado invocar una nulidad de tal naturaleza, como ocurre en el caso de autos, circunscribiéndola en lo esencial a la etapa del sumario. El derecho de defensa puede ser desconocido sin que, al hacerlo, surja una nulidad simplemente legal. En la etapa del sumario—según criterio doctrinal de la Corte—“el Código de Procedimiento Penal no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la Jurisprudencia, por vía de interpretación del art. 26 de la Constitución Nacional, respecto de ese derecho, se refieren al juicio” (Sentencias de 21 de mayo y 7 de junio de 1953).*

2.— *Las cuestiones atinentes a la imparcialidad de los peritos, error grave del dictamen, etc. desde luego, pueden y deben discutirse en las oportunidades que la ley señala al efecto. Y así, conforme a normas procesales, se les puede recusar como a los Jueces por los motivos o causales que para esa finalidad señala el Código de Procedimiento Penal (art. 262); también cualquiera de las partes puede exigir, dentro del término previsto en el art. 266 de dicho estatuto legal, que los peritos expliquen su dictamen, lo amplien o lo rindan con mayor claridad; asimismo la peritación en cualquier tiempo, antes de que se dicte el veredicto del Jurado en los juicios que se ventilan con intervención de éste, o antes de que el asunto entre al Despacho del Juez para sentencia en los demás casos, puede objetarse por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción (art. 267 ibidem). Pues bien: como lo ha expresado esta Sala de la Corte (T. LXXXIX, pág. 177), no es ilógico deducir que si estos remedios procesales no se emplearon en las oportunidades y formas debidas, es porque, en la mayoría de los casos, se ha aceptado la versación del perito o se tiene confianza en su rectitud.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal el 21 de julio de 1965, por medio de la cual dicha entidad condenó a LUIS CARLOS MARTINEZ MARTINEZ, como responsable del delito de lesiones personales en Francis Roldán Patiño, a la pena principal de dos años de prisión y, además, a las accesorias consiguientes por un período igual al de aquélla.

HECHOS:

De ellos hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal el siguiente relato ceñido a los autos:

“Por desavenencias surgidas entre Luis Carlos Martínez, administrador de la finca ‘La Australia’, y el joven Francis Roldán Patiño, hijo del dueño de esa propiedad, relacionadas con el servicio de determinados caballos de la hacienda, en la mañana del 6 de diciembre de 1963 el menor preguntó a Martínez como iban a arreglar el asunto de las bestias, motivo por el cual éste agredió a aquél, primero con objetos contundentes y después con arma blanca, en momentos en que Roldán Patiño se hallaba en estado de indefensión, habiéndole producido lesiones cuya incapacidad fué fijada en cuarenta y cinco días y como secuela de la desfiguración facial de carácter permanente”.

El mérito de la investigación se calificó en auto de 22 de octubre de 1964, mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal llamó a responder en juicio al predicho sujeto por el delito de lesiones personales; luego, er

fallo proferido por ese mismo Juzgado el 22 de enero de 1965, se condenó al procesado a la pena principal de seis meses y medio de prisión y sanciones accesorias correspondientes, fallo que reformó el Tribunal Superior de Yarumal en la forma indicada ya en la parte inicial de la presente sentencia, y el cual es materia del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA.

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias de rigor legal y presentada a la Corte por el apoderado de Luis Carlos Martínez, se relatan los hechos que dieron lugar a la investigación, se hace un recuento de las actividades procesales, se expresan las causales de casación alegadas y se señalan los fundamentos de las mismas, con citación de las disposiciones legales que el recurrente estima infringidas. Y, al efecto, éste invoca, como causales de impugnación, las previstas en los ordinales 4o., 1o. y 2o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

CAUSAL CUARTA.

Con fundamento en este motivo de casación, el recurrente alega que la sentencia se ha proferido sobre un proceso viciado de nulidad, por cuanto en la tramitación de la causa se violó el derecho de defensa, con grave quebranto de las formas propias del juicio, infringiéndose el artículo 26 de la Carta que tutela las garantías del procesado en su juzgamiento. Y para sustentar esa tesis formula los siguientes cargos:

a) El perito médico “que en forma primordial intervino en la determinación de la incapacidad y las secuelas que al ofendido le produjeron las heridas”, fué el doctor Arturo Aristizábal Duque, quien estaba impedido para actuar en tal carácter, por ser cuñado del lesionado Francis Roldán Patiño, al tenor de los prescrito por los artículos 73 —causal tercera— y 262 del Código de Procedimiento Penal.

b) El vínculo de afinidad que unía al perito con el ofendido, se lo hizo saber el apoderado del sindicado al funcionario de Instrucción mediante memorial en el cual solicitó que Roldán “fuese reconocido por los Médicos Legistas de Medellín...” sin que aquél tomara ninguna determinación al respecto.

c) Ejecutoriado el auto de enjuiciamiento, entre otras pruebas, el defensor del procesado pidió la de un nuevo reconocimiento del ofendido por los Médicos del Centro de Salud de Yarumal, la cual se decretó, pero no se practicó por el funcionario comisionado al efecto.

d) “Quedaba una última posibilidad de obtener que un médico, distinto del familiar del ofendido, hiciese un reconocimiento al nombrado Francis Roldán Patiño: La audiencia pública. Pero para colmo del infortunio del procesado Martínez Martínez, en tan importante momento procesal de la causa se encontró totalmente solo, sin asistencia de su defensor, sin asistencia de nadie, puesto que a aquella audiencia no asistió el defensor”.

e) Finalmente, el recurrente discurre así: “por eso, porque a cada paso hubo desfallecimiento y entregas, porque faltó vigor en la defensa y energía en el reclamo de los derechos, porque faltó agilización en la práctica de pruebas sustanciales a la defensa, porque ha quedado flotando en el ambiente la posibilidad de que el dictamen de aquel médico hubiese estado impregnado de parcialidad e interés, porque, en fin, no se tiene la plena certeza de que por haberse obtenido, como resultado de las heridas inferidas al ofendido, el resultado de incapacidad y secuelas que se le atribuyeron a aquél, considero que se ha incurrido en graves violaciones de los derechos tutelados por el artículo 26 de la Constitución Nacional en favor de mi patrocinado que deben ser enmendadas a fin de aportar al proceso, mediante la declaratoria de nulidad impetrada, la plena certeza de que realmente ese sí fué el resultado determinado por las lesiones y que esa sí es la pena imponible en justicia”.

CAUSAL PRIMERA.

En los capítulos segundo y tercero de la demanda, al invocar esta causal que contempla el artículo 56 —numeral 1o.— del Decreto 0528 de 1964, formula el recurrente dos cargos a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal, a saber:

a) Que en el fallo se incurrió en error de hecho por no apreciarse debidamente las pruebas existentes en los autos, toda vez que estando acreditada la presentación voluntaria del acusado a las autoridades de Yarumal en

confesión del delito, no se tuvo en cuenta tal circunstancia en la sentencia para la imposición de la pena, violándose así, por falta de aplicación, el numeral noveno del artículo 38 del Código Penal. Concluye el recurrente —después de transcribir las constancias procesales— sobre el anterior hecho y el paso pertinente de la sentencia en donde se analizan las circunstancias de mayor peligrosidad tenidas en cuenta para fijar la sanción— que la falta de consideración de la anotada circunstancia ocurrió por manifiesto error de hecho, “violándose así, por ese medio, el artículo 38 —numeral 9o. del C. P., que impone al fallador la obligación de considerarla en orden a atenuar la responsabilidad de Martínez Martínez; y al no aplicar dicha norma legal, que contempla aquella circunstancia como indicativa de una menor peligrosidad en el procesado, al momento de dosificar la pena, se violó, también, el artículo 36 del C. P., en cuanto ordena tener en cuenta para el señalamiento de la pena imponible en concreto al sindicado no solo las circunstancias de mayor peligrosidad sino también las que conforme al legislador son circunstancias de menor peligrosidad”.

b) También sostiene el recurrente que la sentencia incurrió en “error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos al no apreciarse en ella las pruebas que acreditan plenamente la buena conducta anterior que siempre ha guardado el procesado, por cuya virtud no se aplicó en la aludida sentencia, violándolo, el artículo 38 en su numeral 1o., violación ésta que conlleva la anulación de la sentencia atacada en el recurso extraordinario de casación”. En demostración de su aserto, hace referencia a la prueba testimonial que al respecto obra en el proceso.

CAUSAL SEGUNDA.

En el ámbito de esta causal sostiene el recurrente que la sentencia está “en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, ya que para determinar la pena imponible al acusado se tuvo en cuenta en la sentencia...” la mayor insensibilidad moral y crueldad excesiva en el procesado..., circunstancia ésta de agravación de la responsabilidad que no había sido considerada con esta modalidad en el acto de enjuiciamiento”. Para apoyar este motivo de

impugnación reitera la apreciación de que la sentencia, al referirse a “la mayor insensibilidad moral y crueldad excesiva en el procesado”, que determinó el aumento de la sanción en un año, tomó en consideración la circunstancia agravante de la sevicia contenida en el numeral 7o. del artículo 363 del Código Penal, aplicable al delito de las lesiones personales según el artículo 379 del mismo estatuto, la cual no fué contemplada en el auto de llamamiento a juicio y sí en la sentencia, lo que implica un desacuerdo entre tales providencias y, por lo tanto, esa falta de concordancia motiva la anulación del fallo; por ende, la H. Corte Suprema debe dictar el que ha de reemplazarlo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al rendir su concepto de fondo, estima que carecen de fundamento los cargos formulados por el actor y, en consecuencia, solicita a la Corte que no case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

La Sala, conformándose al orden lógico de las causales invocadas en la demanda, las examina en la siguiente forma:

1o. CAUSAL CUARTA.

a) Las nulidades constitucionales o supralegales elaboradas por la doctrina, extrañas a los vicios de procedimiento que sancionan los artículos 198 y 199 del C. de P.P., se refieren a la prosecución regular del juicio y tienden primordialmente a tutelar el derecho de defensa, el cual encuentra su natural desenvolvimiento en el ámbito de aquél, por lo que no es acertado invocar una nulidad de tal naturaleza, como ocurre en el caso de autos, circunscribiéndola en lo esencial a la etapa del sumario. El derecho de defensa puede ser desconocido sin que, al hacerlo, surja una nulidad simplemente legal. En la etapa del sumario —según criterio doctrinal de la Corte— “el Código de P. Penal no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, respecto de ese derecho, se refieren al juicio”.

(Sentencias de 21 de mayo y 7 de junio de 1953). En el caso sub-judice, como resulta de la misma demanda, se alega una nulidad suprallegal por un vicio de procedimiento ocurrido en la etapa del sumario.

b) Además, los motivos de acusación contra el fallo, basados en esta causal, son inadmisibles, como se desprende de estas otras consideraciones que así lo demuestran:

El ofendido Roldán Patiño fué sometido durante la etapa del sumario a reconocimientos médicos y en ellos se determinaron las numerosas heridas que le causó el procesado, el tiempo de incapacidad de aquél y la desfiguración facial permanente que produjo una de esas lesiones. En efecto, aparece de autos que durante el sumario (folios 67 a 69 del C. No. 1) los peritos Arturo Aristizábal Duque y Luz Angélica Lopera, debidamente designados y posesionados, reconocieron al lesionado Roldán Patiño y rindieron el correspondiente dictamen. Después, el precitado Aristizábal Duque y Guillermo Espinosa B., en su condición de Director y Sub-Director del Centro de Salud de Santa Rosa de Osos, practicaron reconocimientos médicos, por orden del funcionario instructor, y rindieron la peritación del caso con fundamento en el último de aquellos (folio 104 del mismo cuaderno). Los aludidos dictámenes fueron puestos en conocimiento de las partes por el término legal y, durante éste, el defensor del acusado solicitó su ampliación sobre puntos que especialmente se referían a la secuela resultante de las heridas causadas a Roldán Patiño. Se ordenó y cumplió la aludida ampliación del dictamen y de nuevo se puso ésta en conocimiento de las partes. La peritación no ha sido objetada después, en la relacionada etapa del sumario o en la posterior del juicio, por error grave, fuerza, dolo, seducción o cohecho.

Ahora bien: las cuestiones atinentes a la imparcialidad de los peritos, error grave del dictamen, etc., desde luego, pueden y deben discutirse en las oportunidades que la ley señala al efecto. Y así, conforme a normas procesales, se les puede recusar como a los jueces por los motivos o causales que para esa finalidad señala el C. de P. Penal (artículo 262); también cualquiera de las partes puede exigir, dentro del término previsto en el artículo 266 de dicho estatuto legal, que los peritos expliquen su dictamen, lo amplíen o

lo rindan con mayor claridad; asimismo la peritación en cualquier tiempo, antes de que se dicte el veredicto del Jurado en los juicios que se ventilan con intervención de éste; o antes de que el asunto entre al despacho del juez para sentencia en los demas casos, puede objetarse por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículo 267 ibídem). Pues bien: como lo ha expresado esta Sala de la Corte (T. LXXXIX, pág. 177), no es ilógico deducir que si estos remedios procesales no se emplearon en las oportunidades y formas debidas, es porque, en la mayoría de los casos, se ha aceptado la versación del perito o se tiene confianza en su rectitud. Si estas nociones se aplican al caso sub-judice, resulta: que el defensor del acusado solicitó y obtuvo la ampliación y aclaración del dictamen médico legal, producido conforme a las ritualidades de rigor; que aquél no recusó en la forma prevista por la ley (artículo 262 del C. de P. P., en concordancia con los 73 y 76 de la misma obra) al perito Aristizábal Duque, pues la única referencia vaga respecto al posible parentesco de afinidad entre aquél y el lesionado, sólo se encuentra en un memorial citado por el recurrente y dirigido al funcionario instructor por el defensor del acusado, en el cual solicita el reconocimiento del lesionado por los Médicos Legistas de Medellín en virtud de que fué tratado por dichos galenos, "fuera de que según informes, el médico oficial de Santa Rosa es cuñado del señor Roldán y está impedido para actuar, por ligarlo un parentesco de afinidad" (folio 77). Más es lo cierto que por no haberse formulado en forma y con certeza una posible causal de recusación, ni, de otra parte, acompañado prueba alguna al respecto, aquel presunto motivo de recusación no pudo recibir el trámite o la calificación correspondientes en la etapa del sumario. Finalmente, cabe observar que el dictamen en ninguna ocasión fué objetado, no obstante el amplio medio que la ley procedimental ofrece a este particular. Por último, la circunstancia de que posteriormente al auto de enjuiciamiento no se hubiera practicado un nuevo reconocimiento al ofendido por los médicos del Centro de Salud de Yarumal, el cual fué ordenado pero que no alcanzó a llevarse a cabo dentro del término probatorio, aunque pudiera tildarse de informalidad esa omisión, no entraña una nulidad constitucional, tanto más si se considera que la peritación fue

debatida y se produjo con sometimiento a las normas procesales que gobiernan esta prueba.

No prospera, pues, esta causal.

2o. CAUSAL PRIMERA.

Los cargos a este respecto se fundan en un mismo motivo consistente en que, al fijar la sanción, en la sentencia recurrida no se tuvieron en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad contempladas en los ordinales 1o. y 9o. del artículo 38 del Código Penal.

En el fallo acusado es evidente, como lo expresa el recurrente, que para determinar la sanción que se le impuso al procesado Luis Carlos Martínez Martínez, solo se consignó lo siguiente:

“La sanción a imponer es de uno a seis años conforme lo preceptúa la disposición indicada (se alude en la sentencia al artículo 373 del C. P.), pero en consideración a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, la mayor insensibilidad moral y crueldad excesiva en el procesado, así como la personalidad de éste, se debe conforme a los artículos 36 y 37 del C. P., aumentar el mínimo en un año”.

Al ofendido Roldán Patiño en los reconocimientos y dictámenes médicos, se le determinó, como consecuencia de las heridas que le causó el procesado Martínez Martínez, a más de una incapacidad de 45 días, una desfiguración facial de carácter permanente, secuela que se acogió, como debidamente acreditada, en el fallo recurrido.

En tal virtud, aparece de resalto que la norma aplicable para este delito de lesiones personales, no podía ser otra que la invocada por el Tribunal Superior de Yarumal, o sea el inciso 2o. del artículo 373 del C. Penal, el cual preceptúa que “si la desfiguración o deformidad fueren permanentes, la pena será de uno a seis años de prisión y multa de ciento a cuatro mil pesos”.

Sin embargo, como lo anota la Procuraduría Delegada en su concepto de fondo, es indudable que la sentencia reconoció en favor del procesado circunstancias de menor peligrosidad, aunque en el fallo no se haya hecho una especial mención de la concurrencia de las mismas, si se tiene en consideración que se partió del mínimo para el señalamiento de la cuantía de la pena, como allí claramente se expresa, para luego sí “aumentar el mínimo en un año”,

por obrar en contra del reo factores que enuncia el artículo 36 del Código Penal y que deben tenerse en cuenta para el efecto de graduar la pena, dentro del mínimo y del máximo que se señala para la respectiva infracción, como la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del agente. No podía el Tribunal perder de vista las especiales circunstancias que rodearon la comisión del ilícito, de que dan cuenta los autos y la sentencia, a saber: que el procesado golpeara a Roldán “con un zurriago hasta fracturarle el codo izquierdo, luego le diera de palazos (con una pala) hasta dejarlo inconsciente en el suelo, para de inmediato causarle quince heridas con arma punzante (cuchillo), cuando se hallaba indefenso”.

Por lo expuesto, no prosperan los cargos.

3o. CAUSAL SEGUNDA.

La falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder en que se fundamenta esta causal, se hace consistir en que el fallo recurrido, para determinar la pena, tomó en consideración la circunstancia agravante de la insensibilidad moral y crueldad excesiva del procesado a que se refiere el numeral 7o del artículo 363 del C. Penal, aplicable al delito de lesiones personales según el artículo 379 del mismo estatuto, la cual no fué contemplada en el auto de llamamiento a juicio.

SE CONTESTA.

A Luis Carlos Martínez Martínez se le llamó a responder en juicio criminal por el delito genérico de lesiones y por ese delito fué condenado en la especie contemplada en el inciso 2o. del artículo 373 del Código Penal, por lo cual no puede advertirse falta de concordancia entre la sentencia y el auto de proceder, ya que lo que regula dicha consonancia es el género y no la especie, pues ésta última puede durante el juicio tener modificaciones sustanciales. En otro paso de la presente sentencia ya se indicó cuál era la norma aplicable y que en realidad aplicó el Tribunal Superior de Yarumal.

Para la graduación de la pena esta última entidad, en forma diferente a como supone el recurrente, tuvo en cuenta la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 6o. del artículo 37 del C. Penal, disposición a

la cual para este efecto la sentencia recurrida se refirió de manera clara y concreta, más no a la que el demandante denomina la "circunstancia agravante" contenida en el numeral 7o. del artículo 363 de la precitada obra, aplicable al delito de lesiones personales de acuerdo con el artículo 379 ibídem. Por lo tanto, el cargo así formulado es inane y carece de total fundamento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de julio del año pasado,

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal y por medio de la cual se condenó a Luis Carlos Martínez Martínez; como responsable del delito de lesiones personales en Francis Roldán Patiño, a la pena principal de dos años de prisión.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., Oficial Mayor.

HOMICIDIO.— CAUSALES PREVISTAS EN LOS ORDS. 4o. Y 1o. DEL ART. 567 DEL C. DE P.P.

Veredicto y sentencia.— Nulidades del proceso penal.— Debate probatorio.— Cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, la sentencia puede casarse en función de la causal primero.— Basta la presencia de una sola circunstancia de mayor peligrosidad para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción imponible.— La evaluación de la gravedad del hecho corresponde hacerla al juez sentenciador.

1.— *El demandante olvidó que en los juicios en que interviene el jurado, es a éste a quien corresponde la evaluación definitiva de las pruebas, y que la sentencia, cuando el veredicto no es claramente contrario a la evidencia de los hechos, se sustenta, no en aquellos elementos de convicción, sino en la respuesta del Tribunal popular que viene a constituir la plena prueba para absolver o condenar. El error en que pueda haber incurrido el jurado en la calificación del delito o de la responsabilidad "no puede subsanarse sino mediante la declaración de su contraevidencia con el proceso que sólo pueden dar los falladores de instancia".*

2.— *La nulidad del artículo 198, ordinal 1o.—ha dicho la Corte— incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues en la primera etapa del proceso en donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas que aducir, no es motivo de nulidad, porque en el artículo 541 del C. de P.P., el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del artículo 444 que es la que consagra cuando dice: "Para que manifiesten si tienen o no pruebas que pedir" (auto, 19 agosto 1947, LXIII. 788, sent., 22 noviembre 1947, LXIII. 841)*

3.— *En función de la causal primera —lo ha dicho también la Corte—, una sentencia es casable cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación Penal en Tribunal de tercera instancia.*

4.— *Es doctrina de esta Corporación que en cuanto a circunstancias de mayor peligrosidad,*

aunque el Tribunal no hubiese encontrado sino una y sobre ella justificase la elevación de la pena, aquella única circunstancia bien podría servir para que fuera superior al mínimo la pena imponible. Dentro del mecanismo que el Código contiene para la individualización de la condena en virtud del arbitrio que otorga a, los jueces, basta la presencia de una sola circunstancia para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción.

Además, respecto de la gravedad del hecho, no puede discutirse de que se trata de un criterio mensurador de la pena, y que esa gravedad no es la inherente al delito mismo, sino al daño mediato o público, al mal ejemplo, a la zozobra, a la intranquilidad social que produce el quebrantamiento del orden jurídico y cuya evaluación, según su mayor o menor intensidad, es al juez a quien corresponde hacer.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS

El Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja en sentencia de 24 de enero de 1964, condenó a ERNESTO GRANADOS RAMIREZ y a SEGUNDO ERNESTO GRANADOS CABEZAS a sendas penas de dieciseis años de presidio como responsables del delito de homicidio consumado en la persona de Adonicedec Granados Ramirez el 18 de febrero de 1962 en la vereda de Patanoa de la comprensión municipal de Zetaquirá.

Apelada esa sentencia el Tribunal Superior de Tunja, mediante la suya de 30 de junio siguiente, la confirmó en cuanto a lo resuelto respecto del primero de los procesados y la

reformó en relación con el segundo a quien condenó a sólo nueve años de presidio.

Contra este fallo interpusieron los acusados recurso de casación. Concedido él, fue admitido por la Corte. Agotada su tramitación, se procede a desatarlo.

ANTECEDENTES

Los hechos originarios de la investigación fueron resumidos así por el Juzgado del conocimiento en la providencia que calificó su mérito.

“Adonicedec Granados Ramírez, campesino de muy buenos antecedentes y quien vivía en compañía de su madre la señora Concepción Ramírez viuda de Granados, en sitio ubicado en la vereda de “Patanoa” de la jurisdicción municipal de Zetaquirá, dedicado a sus labores campesinas y al cuidado de su señora madre, y quien por haberse captado un especial afecto de su madre, era mirado mal por su hermano Ernesto Granados Ramírez y por un hijo de éste de nombre Segundo Ernesto Granados, ya que éstos juzgaban que el afecto de la señora Concepción Ramírez, hacia Adonicedec, determinaría el que éste se quedase con la fortuna de ella, perjudicando su potencial derecho herencial. Esto motivó el que tanto Ernesto como su hijo Segundo Ernesto, le profesasen un odio tal que exteriorizaban en todas partes, y en formas distintas, llegando a amenazarlo con quitarle la vida. En las últimas horas de la tarde, o primeras de la noche del día 18 de febrero del presente año (1962), se halló muerto, en paraje cercano a donde él trabajaba, herido con arma corto-punzante y de peso (machete)”.

Por tal hecho, en dicha providencia se llamó a los recurrentes a responder en juicio por un homicidio que se estimó agravado “tanto por el parentesco de consanguinidad entre victimarios y víctima, como por la premeditación acompañada de motivos innobles y bajos”.

El Tribunal al revisar por apelación ese proveído, lo confirmó en auto de 28 de febrero de 1963, modificando, en su parte motiva, el pliego de cargos, pues excluyó la circunstancia de la premeditación, deduciendo

en su lugar a los procesados la agravante de haber obrado poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad. Se prescindió del parentesco que ligaba a éste con Segundo Ernesto Granados Cabezas y se dejó en claro que esta circunstancia sólo militaba contra Ernesto Granados Ramírez por ser éste hermano de Adonicedec.

En ambas providencias se considera a los inculpados como coautores del hecho: un homicidio de propósito agravado en la forma que el Tribunal concreta.

En su debida oportunidad y de acuerdo con tales cargos, se propusieron al jurado los cuestionarios que debía absolver, contestando con un “SI” el referente a la imputabilidad física y moral del hecho respecto de ambos acusados y a la circunstancia de haberlo perpetrado Ernesto Granados Ramírez en la persona de su hermano legítimo, y con un “NO” el concerniente a la circunstancia de agravación del reato.

Aceptado ese veredicto, con fundamento en él se profirió la sentencia de primer grado. En la de segundo se modificó aquella en el sentido que ya se señaló.

“En cuanto al procesado Segundo Ernesto Cabezas —dijo el Tribunal—, la calificación de los hechos contenida en el veredicto, lo señala como infractor del artículo 362 del Código Penal. Para él, pues, la pena debe graduarse entre ocho y catorce años de presidio. El señor juez a—quo se equivocó al aplicar a este procesado el artículo 363 del Código Penal por ser Segundo Ernesto sobrino de la víctima, ya que este parentesco no está dentro de los grados constitutivos de asesinato, al tenor del ordinal 1o. del citado artículo 363.

“Con base en lo que se acaba de expresar, la pena de presidio para Segundo Ernesto Granados Cabezas debe reducirse de los dieciséis años de presidio que le impuso el a—quo, a nueve, ya que sobre el mínimo de ocho fijados en el artículo 362 del Código Penal, debe hacerse un aumento por cuanto también obró por motivos innobles y porque sus relaciones de parentesco con la víctima le imponían deberes especiales, lo que constituye circunstancia demostrativa de mayor peligrosidad conforme al ordinal 4o. del artículo 37 del Código Penal. Esta circunstancia cabe deducirla en contra de Granados Cabezas por cuanto su parentesco con Adonicedec no fue elemento constitutivo de asesinato”.

DEMANDA Y RESPUESTA

En el libelo se aducen contra la sentencia recurrida las causales previstas en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte se referirá y responderá cada uno de los cargos que a través de dichas causales se esgrimen contra el fallo y que el Ministerio Público rechaza por improcedentes, pues estima que la demanda no sólo peca respecto de la cuestión técnica de la casación sino que ni siquiera puede considerarse como memorial de instancia.

I — Cargos con fundamento en la causal cuarta.

PRIMERO.— Para el actor las actas de las declaraciones visibles a los folios 6 vuelto, 7, 8 y 11, 44 vuelto, 8 vuelto, 37 vto., 39 vto., 18 vto., 19 vto., 26 vto., 3, 66, 28, 17; 48, 62 y 64; y 14, con la sólo excepción de la del folio 16 vto., carecen en absoluto del nombre del despacho, juzgado u oficina que las recibió. Igual sucede —agrega— con todas las demás declaraciones allegadas al proceso, a excepción de cuatro más que se recibieron en la causa (fols. 153 a 155 del primer cuad. y 22 y 24 del segundo), que se presentaron como pruebas de descargo.

Lo que quiere decir según el demandante que por tal omisión todas esas actas son nulas, que se trata de documentos públicos y que un documento de tal naturaleza “necesaria y fatalmente, tiene que ser auténtico, y por lo tanto no puede tener ninguna validez, el documento en donde no aparece prueba de que quien lo otorgó fue el funcionario competente para éllo y quien por otra parte observó las formalidades legales”; que “según el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, cuando la ley exija con sanción de nulidad que se llenen ciertas formalidades en determinados actos y estas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tales actos no se han verificado”; que “acerca de las formalidades para las actas, dicen los artículos 145 y 152 del Código de Procedimiento Penal, que la actuación en el proceso penal debe empezar con el nombre de la entidad o juzgado que la practica, e indicar el lugar, día, mes y año en que se verifique, siendo nula el acta en donde falte el nombre del lugar, la fecha o la designación de las personas que intervinieron en élla”.

Más adelante añade que del mismo defecto

(no haberse expresado con toda claridad el nombre de la entidad o juzgado que practicó la diligencia) adolecen las actas de inspección ocular (fls. 59 y ss. del primer cuad.), del levantamiento del cadáver (f. 2 del mismo cuad.), de los careos (fs. 62, 64 y 70) e indagatorias (fs. 12, 14, 44 vto. y 46 vto. del primer cuad.).

Que, además, respecto de las referidas actas del levantamiento del cadáver y de inspección ocular, fueron practicadas sin que en el auto cabeza de proceso, ni en otra providencia, se hubiera ordenado hacerlo, violándose así los artículos 157 y 207 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo que el artículo 305 ibidem respecto de la primera diligencia que es una inspección ocular, la cual, según ese texto, “no tendrá valor alguno” si no se ha decretado por auto que exprese con claridad los puntos materia de la diligencia, el lugar, la fecha y la hora de ésta, y los testigos o peritos que hayan de asistir a élla, (artículo 211 del C. P. P.), y añade: “Como si fuera poco, los testigos que asistieron a reconocer el cadáver, no fueron juramentados, ni el acta fue leída, contrariándose así los artículos 149, 242, 244, y ante todo, el 245, todos del C. P. P., en donde se tiene como nula la diligencia si no se hace mención expresa a la lectura del acta”.

Extiende lo anteriormente expuesto a la diligencia de inspección ocular que obra a los folios 59 y siguientes del cuaderno principal.

“Fuera de ésto, y lo que es más irregular —dice—, el acta de inspección ocular no puede tener ninguna validez por no aparecer en élla las firmas de los que intervinieron. Esta diligencia, conforme al artículo 212 del C. P. P., “será firmada y rubricada en cada uno de sus folios por todas las personas que intervengan”. Ni al folio 59, ni al 60 del primer cuaderno, aparece una sola firma o rúbrica. Al folio 61 vto. del mismo cuaderno solamente aparecen tres firmas, y al folio 62 frente únicamente cinco, y las personas que intervinieron no fueron ni tres, ni cinco. Y la ley exige que cada uno de los folios sea firmado o rubricado, esta exigencia debe tenerse como solemne, pues jamás la firma de una persona puede considerarse como una mera cuestión de forma de la que pueda prescindirse, ya que el objeto de élla es dar autenticidad al documento. Por último, tampoco se dió lectura al acta de la diligencia, infringiendo las disposiciones ya citadas”.

De donde concluye que siendo nulas todas

esas pruebas, las que tienen alguna validez, no eran ni son suficientes para ser tenidas "como plena probanza del delito que se investigó"; que sin esa prueba el Tribunal de Tunja no podía dictar sentencia condenatoria y que "Habiéndose iniciado y proseguido la causa sin la existencia de la plena prueba del "cuerpo del delito", hasta fallarla violando el artículo 203 del C. P. P., es claro que no se observaron las formalidades legales propias del juicio, lo cual constituye nulidad por transgresión al mandado de los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional".

Se responde:

1. En Zetaquirá sólo existe un juzgado promiscuo municipal. El auto que ordenó en este caso la apertura de la investigación se encabeza con su nombre así: "Juzgado Unico Municipal". En él oficiosamente, primero y luego por comisión del Juzgado Primero Superior de Tunja a quien correspondió el conocimiento del negocio, se practicaron todas las diligencias del sumario.

Por consiguiente, dada la circunstancia de ser un único juzgado, el hecho de que en las diligencias que el demandante estima como inválidas no se repitiera, en su comienzo, el nombre del juzgado, sino que se aludiera a él diciendo que "el juez en asocio de su Secretario se trasladó.....", o que se hizo comparecer a tal cual persona "al despacho" o "al juzgado" con el fin de recibirle declaración, apareciendo como aparece en cada una de esas diligencias que se practicaban "En Zetaquirá", en la fecha que se determinaba inmediatamente, cómo imaginar siquiera que existiendo un único juzgado allí se podría pensar que la omisión que por este aspecto señala el actor fuera a prestarse a algún equívoco o a suscitar alguna duda respecto del juez o juzgado que practicaba esas diligencias? Es manifiesto que en tales circunstancias ese cargo carece de entidad.

2. Según el demandante, las irregularidades que señala, por no haberse cumplido determinadas formalidades en la práctica de algunas diligencias, generan la nulidad de tales actos. Ello, empero, no siempre es así. Se requiere que la validez de las mismas esté subordinada a la formalidad de que se prescinde. Así lo preceptúa el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal. Lo que quiere decir que cuando la ley no exige con sanción de nulidad que se llenen ciertas formalidades, la omisión de éstas no produce

el efecto que aquella norma determina.

La pretermisión de alguna de las indicaciones que enumera el artículo 145 ibidem (en este caso el nombre de la entidad o juzgado que practica la actuación), no conlleva esa sanción por no requerirlo así dicho texto.

Lo contrario sucede en el evento previsto en el artículo 152 del mismo código; pero ocurre que en ninguna de las actas que impugna el actor se omitió la indicación de la fecha y lugar donde se llevaron a cabo las diligencias ni la designación de las personas que intervinieron en ellas.

Tampoco está prevista esa sanción para el caso a que se refiere el artículo 157 del ordenamiento procedimental.

Lo mismo cabe decir en cuanto a lo que previene in fine el artículo 212, así: "El acta será firmada y rubricada en cada uno de sus folios por todas las personas que intervengan, quienes pueden hacer respecto de ella las observaciones que a bien tengan".

En cambio, esa sanción la conmina el artículo 211. Sin embargo, la inspección ocular que el actor demerita a la faz de este texto, la ordenó practicar el Juzgado 1o. Superior de Tunja en auto de 17 de julio de 1962, en el que bajo la letra g) se lee:

"Decrétase la práctica de una diligencia de inspección ocular, en el lugar de los acontecimientos, para que por medio de peritos nombrados al efecto y previo levantamiento del plano respectivo, se determinen las distancias existentes entre las casas de los sindicatos Ernesto y Segundo Granados al sitio en donde encontraron el cadáver de Adonicedec Granados, y de este lugar a las casas circunvecinas, principalmente con la de José Vicente Galindo y demás lugares señalados por los declarantes. Además, el funcionario que haya de practicar la diligencia, hará constar las demás circunstancias que a su juicio considere necesarias para el completo esclarecimiento de los hechos".

Por su parte, el juzgado comisionado señaló, por auto de 10 de agosto siguiente, la fecha y la hora en que tal inspección debía practicarse. Lo que quiere decir que esa diligencia satisface las exigencias de aquel artículo y resulta, frente a él, invulnerable.

Que se nombró en el acto de efectuarla un perito que no podía serlo por haber sido

testigo, cuestión que afectaría su nombramiento pero que no incide propiamente sobre la validez de la diligencia cuya fuerza de convicción le corresponde al juez apreciar.

Además, cabe observar, que en nada menoscaba la validez de la diligencia del levantamiento del cadáver del occiso, el hecho de que en ella no hubieran sido juramentadas las personas que informaron sobre su identidad. No era necesario hacerlo en ese momento, dada la naturaleza de la prueba que se estaba practicando y que estriba esencialmente en el reconocimiento del cadáver, como uno de los elementos demostrativos del cuerpo del delito, hecho por el juez, su secretario y los peritos.

3. Por otra parte, las nulidades procedimentales son taxativas y ninguna de las aducidas por el actor como tales están previstas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

4. El demandante olvidó igualmente que en los juicios en que interviene el jurado, es a éste a quien corresponde la evaluación definitiva de las pruebas, y que la sentencia, cuando el veredicto no es claramente contrario a la evidencia de los hechos, se sustenta, no en aquellos elementos de convicción, sino en la respuesta del Tribunal popular que viene a constituir la plena prueba para absolver o condenar. El error en que pueda haber incurrido el jurado en la calificación del delito o de la responsabilidad "no puede subsanarse sino mediante la declaración de su contraevidencia con el proceso que sólo pueden dar los falladores de instancia".

5. Consecuencialmente, por cualquier aspecto que se considere el cargo que por esas presuntas irregularidades se formula a la sentencia, resulta totalmente desprovisto de fundamento.

SEGUNDO.— Según este cargo hay que dar también por inexistentes las indagatorias de los procesados por la misma razón que se adujera al formular el primero, esto es, por no aparecer en ellas "la designación del despacho, entidad o funcionario que las practicó".

Mutatis mutandis, lo expuesto anteriormente respecto de la inconsistencia de dicha tacha en relación con otras diligencias, vale como respuesta a este cargo.

TERCERO.— "Falta de audiencia pública. A folios 169 y siguientes, hasta el folio 185 del primer cuaderno aparecen las actas de las

dos sesiones de la audiencia pública, en las cuales se observa: el acta de la primera sesión, que comprende los folios 169, 170, 171 y parte del 172 del cuaderno que se cita, no fue firmada por ninguna de las personas que en ella intervinieron; el acta de la segunda sesión que aparece a folios 172 y siguientes, hasta el 185 del mismo cuaderno, como la primera, no fue leída conforme a lo establecido en el artículo 475 del C. P. P., y aunque ésta si fue firmada por los que intervinieron, al comenzarse al folio 172 citado, no se hizo mención de las personas que concurrieron a esta segunda sesión, ni al lugar y fecha donde se llevó a cabo, como lo dispone el artículo 152 del C. P. P., con sanción de nulidad.

"Al no firmarse el acta de la primera sesión se contrarió el mandato contenido en los artículos 149 y 475 del C. P. P., y el acta no adquirió la calidad de auténtica, imprescindible para dar fe del acto que se verificó.

"Ni la primera, ni la segunda acta de las dos sesiones de la audiencia sirven para acreditar que ésta se celebró, y menos observando las ritualidades del caso. Así, por esta irregularidad en la primera acta no quedó establecida la intervención del jurado de conciencia, y mucho menos que a sus miembros se les hubiera recibido juramento, como lo ordena el artículo 27 de la ley 4a. de 1943".

Así plantea el actor este cargo.

Se contesta:

Según el acta citada no hubo sino una audiencia.

Lo que ocurrió fue que a las doce y media del día en que se celebró, se decretó un receso, reanudándose hora y media después.

En tal acta consta, además, que a los jurados se les juramentó "en la forma establecida por el artículo 27 de la ley 4a. de 1943".

Ese documento está firmado por todas las personas que intervinieron en el acto.

Que no aparezca en él que se leyó antes de suscribirse, no quiere decir que no se hubiera cumplido con esa formalidad.

Pero aún aceptando que se hubiese omitido, ello no implicaría la nulidad del acta, pues esta sanción no se encuentra prevista para el caso en los artículos que se citan como violados.

Carente de seriedad y totalmente ineficaz resulta, por tanto, la impugnación de la

setencia por este concepto.

CUARTO.— Este cargo se hace consistir en la nulidad de la actuación de la segunda instancia a partir del auto de folio 10 vuelto del cuaderno respectivo, mediante el cual se dió cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal. Se sostiene que ese auto es de naturaleza idéntica al contemplado en el artículo 444 *ibidem*, y que siendo esto así ha debido notificarse personalmente al defensor de los procesados conforme a lo previsto en el ordinal a) del 171 del mismo código. Que como esa notificación no fue hecha en debida forma se incurrió en la causal de nulidad que señala el numeral 4o. del artículo 198 de dicho ordenamiento, ya que, por otra parte, no fue subsanada del modo a que ese mismo texto se refiere. Y se concluye diciendo:

“Demostrado como se cree, que en el proceso adelantado contra Ernesto y Segundo Ernesto Granados Cabezas se incurrió en diversas nulidades, según las anteriores argumentaciones, el H. Tribunal Superior de Tunja no podía proferir el fallo de segunda instancia que ahora se ataca, sin violar el artículo 200 del C.P.P., por no haber ordenado previamente que se repusiera la actuación, y como tal providencia fue la culminación de una actuación viciada de nulidad, es claro que participa de esta irregularidad”.

Se contesta:

La nulidad del artículo 198, ordinal 4o. —ha dicho la Corte—, incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso en donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas que aducir, no es motivo de nulidad, porque en el artículo 541 del C. de P. P., el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del artículo 444 que es la que la consagra cuando dice: “Para que manifiesten

si tienen o no pruebas que pedir” (auto, 19 agosto 1947, LXIII, 788; Sent., 22 noviembre 1947, LXIII, 841).

Más aún, esta misma Corporación ha expresado sobre el sentido del artículo 541, sobre su diferencia con el 444 y cómo en vista de la diversidad de sus contenidos no es aplicable en lo referente al primero lo dispuesto en el ordinal 4o. del artículo 198, lo siguiente que contrasta y desvirtúa lo que al respecto sostiene el actor:

“El auto que dicte el Tribunal en obediencia a lo dispuesto por el artículo 541 del C. de P. P. no tiene por objeto inquirir el pensamiento de las partes para que manifiesten si tienen o no pruebas que aducir, como sí lo tiene el auto que se pronuncia en virtud del 444 en el cual la voluntad del legislador se expresa en forma concreta: al decir que ese auto se dicta para que “las partes manifiesten si tienen o no pruebas que aducir en el juicio”. Como la ley no expresa en forma concreta el alcance o finalidad de dicho auto, la Corte no puede suplir o completar el texto del artículo agregándole la expresión que de manera expresa omitió el legislador.

“Si la ley dijera que el auto del artículo 541 del C. de P. P. es para que las partes manifiesten si tienen o no pruebas que aducir, naturalmente que esta providencia participaría de los mismos caracteres de aquélla a que hace referencia el 444, y entonces sí, la notificación que no se haga en debida forma estaría erigida en causal de nulidad por mandato del artículo 198, ord. 4o., de la ley procedimental, pero como la ley guardó silencio sobre este particular, no se puede por vía interpretativa completar o suplir el pensamiento del legislador con esa expresión para deducir en esa forma una nulidad que no existe”. (Auto, 19 agosto 1947, LXIII, 788; sent., 2 noviembre 1947, LXIII, 841).

Quedan de este modo sin piso las argumentaciones hechas por el demandante en su empeño de demostrar prácticamente la inexistencia del presente proceso. La ausencia de las nulidades procedimentales que alegó, excluye a *fortiori* la presencia de las supralegales que se atrevió a invocar con fundamento en el artículo 23 de la Carta, que no viene al caso, y sobre el 26 que sólo es aplicable cuando las irregularidades o informalidades del juicio penal constituyen atentados contra la organización judicial y las

prerrogativas de los procesados.

II — Cargos con fundamento en la causal primera

PRIMERO. — Se niega como consecuencia de las supuestas nulidades a que se contrajo el cargo primero sustentado en la causal cuarta, la existencia del “cuerpo del delito” y se afirma la consiguiente violación de los artículos 362 y 363 del Código Penal por indebida aplicación.

Ahora bien, como la actuación resulta exenta de tales nulidades, es inane el cargo que sobre ellas se pretende edificar.

SEGUNDO. — Se niega como consecuencia del análisis probatorio que al respecto se intenta, que el procesado Segundo Ernesto Granados Cabezas hubiera sido coautor del homicidio. Se estima, por tanto, que no se ha debido dar aplicación al artículo 19 sino al 385 del Código Penal.

Se responde:

En función de la causal primera —lo ha dicho también la Corte—, una sentencia es casable cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación Penal en Tribunal de tercera instancia.

Por otra parte, para determinar si la participación de Segundo Ernesto Granados fue a título de coparticipación criminosa o de complicidad correlativa, resultaría inevitable examinar los hechos del proceso a la luz de las pruebas pertinentes.

Semejante examen es impropio de la causal primera y sólo es conducente y admisible tratándose de la segunda en unos casos, y en otros de la cuarta, como tantas veces se ha repetido. (Sent., 9 mayo 1958, LXXXVII, 787).

Por eso, este cargo tampoco puede prosperar.

TERCERO. — Con alusiones a algunos elementos probatorios acerca de las armas empleadas por los procesados, se asevera que no se demostró respecto de Ernesto Granados Ramírez que hubiera sido el autor de la muerte de Adonicedec Granados, y que, faltando esa prueba, no se podía, conforme al artículo 203 del C. de P. P., dictar sentencia condenatoria contra él. Que al proferirla se violaron, por tanto, los artículos 362 y 363 del Código Penal.

Se contesta:

Este cargo es también inaceptable por las

razones que se expresaron al desechar el anterior. No puede él demostrarse a base de un raciocinio directo. Habría que reabrir el correspondiente debate probatorio, y ya se dijo que esto es impropio tratándose de la causal en referencia.

CUARTO. — Afirma el actor que el Tribunal violó el artículo 363 por errónea interpretación del 36 del Código Penal al dosificar en el mismo grado en que lo hizo el juez a quo, la pena de presidio impuesta al procesado Ernesto Granados Ramírez.

El Tribunal conservó esa penalidad porque consideró que si bien no militaba contra el inculpado una de las circunstancias de mayor peligrosidad que le dedujo el juzgador de instancia, había que tener en cuenta la gravedad del hecho y, además, la otra que el mismo juez le atribuyó, esto es, la tercera del artículo 37 del Código Penal.

Pero el demandante estima que tal gravedad está sancionada con la pena del delito, y que con base en aquella circunstancia no podía aumentarse en un año más el mínimo de la supradicha pena.

Se responde:

Es doctrina de esta Corporación que en cuanto a las circunstancias de mayor peligrosidad, aunque el Tribunal no hubiese encontrado sino una y sobre ella justificase la elevación de la pena, aquella única circunstancia bien podría servir para que fuera superior al mínimo la pena imponible. Dentro del mecanismo que el Código contiene para la individualización de la condena, en virtud del arbitrio que otorga a los jueces, basta la presencia de una sola circunstancia para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción.

Además, respecto de la gravedad del hecho, no puede discutirse de que se trata de un criterio mensurador de la pena, y que esa gravedad no es la inherente al delito mismo, sino al daño mediano o público, al mal ejemplo, a la zozobra, a la intranquilidad social que produce el quebrantamiento del orden jurídico y cuya evaluación, según su mayor o menor intensidad, es al juez a quien corresponde hacer.

No cabe, pues, aceptar la tacha que por este aspecto se formula a la sentencia.

QUINTO. — Con razones análogas a las expuestas para sustentar el cargo anterior, el demandante sostiene que el Tribunal dosificó mal la pena de presidio impuesta a Segundo

Ernesto Granados Cabezas, ya que de las dos circunstancias de mayor peligrosidad que le dedujo, en su concepto solamente una podría atribuírsele.

Conforme a la doctrina precitada de la Corte se responde que esa única circunstancia sería bastante a la elevación del mínimo de la pena imponible.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de

casación a que se contrae este fallo y ORDENA que se devuelva el proceso al Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Oficial Mayor.*

Colisión de competencia.— Delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional.— Aplicación del Art. 10.
[L] Decreto 1752 de 1965.

No en virtud de lo preceptuado en el ordinal 2o. del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, cuyo alcance, según reiterada doctrina de la Corte comprende sólo a las Fuerzas Militares, a las que no pertenecen los miembros de la Policía Nacional desde el momento mismo en que este Cuerpo recobró su carácter de institución civil (Decreto 1705 de 1960), sino por cuanto el artículo 1o. del referido Decreto 1752 de 1965 adscribe a la justicia penal militar "la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional...", se resolverá a su favor el incidente, ya que las normas de procedimiento, entre las cuales se encuentran las relativas a la competencia son con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 de aplicación inmediata.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, trece de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por memorial de 29 de abril último, el señor apoderado de la parte civil en este negocio, con fundamento en lo que dispone el artículo 398 del Código de Justicia Penal Militar, suscita al señor Comandante, Departamento Policía Norte de Santander, colisión de competencia para que se abstenga de continuar conociendo de este proceso como Juez de primera instancia, por considerar que los delitos sobre los cuales versa, no fueron cometidos por el Agente de Policía GABRIEL BERBESI con ocasión o por causa del servicio que prestaba el 18 de diciembre de 1965, fecha de su comisión, y que, en consecuencia, tratándose de delitos comunes, es a la justicia ordinaria a quien corresponde su conocimiento.

El Comandante del referido Departamento de Policía resolvió por auto de 4 de mayo siguiente no aceptar la colisión propuesta y

ordenó remitir el expediente a la Corte a fin de que por ella se dirimiera el incidente.

Reconoce que se trata de delitos comunes cometidos por un agente de policía. Sin embargo, sostiene que por ser tal, lo ampara el fuero militar en virtud de lo previsto en el ordinal 2o. del artículo 308 del Decreto 0250 de 1958, ya que tales ilícitos se perpetraron en el actual estado de perturbación del orden público y porque así lo prescribe también el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1752 de 1965, vigente desde el 2 de julio del mismo año.

Se considera:

La condición oficial del sindicado como agente de la Policía Nacional en la fecha de autos, está suficientemente establecida con las constancias visibles a los folios 34 y 40.

Es evidente, además, conforme a la prueba testimonial recogida, que no se está en presencia de delitos cometidos por el agente inculpado con ocasión o por causa del ejercicio de sus funciones. El informe que el 20 de diciembre de 1965 dió el Jefe del SICE al señor Mayor Comandante, Departamento Policía Norte de Santander sobre lo ocurrido, trasunta en estos términos la realidad procesal:

“El 18 de los corrientes, le fue asignado al agente BERBESI GABRIEL, en compañía de otros dos agentes un servicio en el barrio Miraflores de la ciudad (Cúcuta), desde las 18:00 hasta las 24:00 horas, servicio éste que no cumplió, dedicándose a ingerir licor por cuanto a las 23:00 horas en la Ave. 6a. con calle 9a. y frente al Café Florida se suscitó una riña de la que resultó herido con arma de fuego (revólver) el menor EDUARDO ALFONSO ARENAS, sindicándose de tal hecho al agente Berbesi Gabriel, el cual emprendió la huída con dirección a los antiguos Cuarteles del Distrito Cúcuta, siendo perseguido por varias personas entre ellas detectives del DAS. Al llegar a la esquina

de la Ave. 6a. con calle 7a. y ante el inminente alcance por parte del detective LUIS FRANCISCO HERRERA PEREZ al agente Berbesi, éste le disparó su arma de dotación causándole dos heridas que le produjeron la muerte instantáneamente; el citado agente Berbesi Gabriel se refugió dentro del dormitorio del Cuerpo de Bomberos, debajo de una cama, de donde luego fue sacado y conducido personalmente por mi Mayor a la Guardia del primer distrito en calidad de incomunicado”.

Se trata, por tanto, de delitos comunes perpetrados con posterioridad a la vigencia del citado decreto Número 1752, en el estado de sitio que declaró el 1288 de 1965.

Empero, no en virtud de lo preceptuado en el ordinal 2o. del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, cuyo alcance, según reiterada doctrina de la Corte comprende sólo a las Fuerzas Militares, a las que no pertenecen los miembros de la Policía Nacional desde el momento mismo en que este Cuerpo recobró su carácter de institución civil (Decreto 1705 de 1960), sino por cuanto

el artículo 1o. del referido decreto 1752 de 1965 adscribe a la justicia penal militar “la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional...”, se resolverá a su favor el incidente, ya que las normas de procedimiento, entre las cuales se encuentran las relativas a la competencia son con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 de aplicación inmediata.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión que suscitó en este negocio la parte civil, en el sentido de que es a la Justicia Penal Militar a quien corresponde conocer de él.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Amadeo Rey., *Oficial Mayor.*

CUESTIONARIOS PROPUESTOS AL JURADO.— SUPUESTA NULIDAD CONSTITUCIONAL.— COPARTICIPACION CRIMINAL.— FORMAS SEÑALADAS POR LA DOCTRINA.— EJECUTOR Y COMPLICE NECESARIO.— LA PARTICIPACION EXCLUSIVAMENTE INTELECTUAL CONSTITUYE UNA COMPLICIDAD NO NECESARIA CUANDO, DE ACUERDO CON EL ART. 20 DEL C. P., SE COOPERA A LA EJECUCION DEL HECHO DE MODO DISTINTO A LO PREVISTO EN EL ART. 19 DE LA MISMA OBRA.

Cuando el delito es obra de varias personas, se tiene, como es conocido, el concurso de delincuentes, o, mejor, la coparticipación criminal.

La doctrina tradicional señala dos formas de coparticipación: la primaria y la secundaria. Aquélla, cuando se refiere al concurso físico, toma el nombre de coautoría, siendo de orden síquico si se trata del determinador, incitador criminal. La participación secundaria corresponde a lo denominado en la doctrina complicidad. En cuanto a esta última, la legislación penal colombiana distingue la complicidad necesaria y la no necesaria, señalando para aquella la misma pena prevista para el delito, y una represión menor para ésta. Pero es más técnico prescindir de llamar autor al partícipe exclusivamente intelectual que determina al ejecutor a realizar el hecho, pues su comportamiento corresponde mejor a la del cómplice necesario. A este respecto, véase lo anotado por el tratadista FRANCISCO ANTOLISEI ("Manual de derecho penal", Editorial "Utethea", Buenos Aires, 1960, pág. 399).

Y esa participación exclusivamente intelectual constituye una complicidad no necesaria cuando, de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal colombiano, se coopera a la ejecución del hecho de modo distinto a lo previsto en el artículo 19 de la misma obra, vale decir, cuando la conducta del agente no es la que, dentro de una relación de causa a efecto, determina al ejecutor a cometer el delito.

Únicamente cuando la acción intelectual del uno sea determinante de la acción material del ejecutor (art. 19) se tiene la complicidad necesaria de aquél. Esto es, cuando se pueda asegurar que excluida la conducta del partícipe intelectual, el ejecutor no hubiera realizado el hecho.

El profesor LUIS CARLOS PEREZ dice que "es esencial, para diferenciar mejor estas dos modalidades..." (se refiere a las de la complicidad no necesaria)... de las del artículo 19, que el delito haya podido ejecutarse aún sin que los partícipes secundarios cumplieran efectivamente su actividad

colaboracionista. Esta actividad fue la que los clásicos distinguieron como auxilio en la resolución, en la preparación, en la ejecución y en el ocultamiento del delito, es decir, la que realizan los coautores" ("Derecho penal colombiano", Editorial "Temis", Bogotá, 1959, T. IV, p. 370)

Se requiere, por tanto, para que se tenga la participación intelectual necesaria (art. 19 del C. P.), que se pueda predicar de la conducta del cómplice que élla ha sido causa eficiente del delito, al haber impuesto su ejecución. O, de otro modo, que haya hecho surgir en el autor material del reato el propósito criminal.

Si la actividad del partícipe intelectual apenas dió lugar a que se reforzara en el ejecutor el propósito delictivo, no puede hablarse de determinador (art. 19 de la obra citada), sino de cómplice no necesario en la resolución criminal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se ocupa la Sala del recurso de casación interpuesto por el procesado NAZARIO CALVO DE LA HOZ, contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 31 de julio de 1964, por la cual le fue impuesta al recurrente la pena principal de quince (15) años y seis (6) meses de presidio, como responsable, con otros, del delito de homicidio cometido en la persona de Marino Sánchez Ayala.

Conoció en primera instancia el Juzgado 3o. Superior del Socorro.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

El juzgador de primera instancia, en el auto de vocación a juicio, hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"De tiempo atrás, 'Celulosa y Papel de Colombia, Pulpapel S. A.', recibió del Gobierno Nacional, en adjudicación, vasta zona boscosa en una región adyacente al río Magdalena y en las inmediaciones del río Opón, en territorio de los municipios de Barrancabermeja y Simacota.

"El doctor Marino Sánchez Ayala —natural de Tapostlán (Méjico)— fue vinculado a la empresa como ingeniero forestal y representante de la misma en Barrancabermeja.

"Campesinos de la región —ya con anterioridad, ora con posterioridad a la adjudicación de que las tierras mencionadas hizo el Gobierno a 'Pulpapel S. A.'— ejercitaban en dichos terrenos actos materiales de uso y transformación (tala, cultivos, etc.) con los que crearon sus 'mejoras' o predios que se poseen económicamente sin título reconocido.

"La empresa, a través de su representante doctor Marino Sánchez Ayala, esforzose en terminar esa situación de hecho.

"El problema atizado por elementos extraños y sin recibir solución satisfactoria para las partes en contienda, tomó características enojosas, creando en el ánimo de algunos colonos seria ojeriza contra el mejicano.

"El día jueves, diez y ocho de agosto de mil novecientos sesenta, el doctor Marino Sánchez Ayala inspeccionaba, en compañía del gerente de 'Pulpapel S. A.', los trabajos de la empresa. De regreso hacia Barrancabermeja, a cinco kilómetros del campamento de 'Pulpapel', llamado 'Aguas Blancas', y a dos del puente sobre 'La Colorada', el mencionado doctor Sánchez Ayala, quien conducía la camioneta S-57441, fue ultimado —a eso de las cinco de la tarde— con arma de fuego, por personas que en acecho dispararon contra él, amparadas cobardemente por la abundante vegetación que el sitio adyacente prestó para la celada".

Se agrega que, "si se escudriñan antecedentes y se inquiera sobre los posibles móviles que operaron en el caso de autos se obtiene, por exclusión, que la muerte del Dr. Marino Sánchez Ayala se debió al cargo mismo que ocupaba como Ingeniero Jefe y representante de 'Celulosa y Papel de Colombia, Pulpapel S.A.', en la ciudad de Barrancabermeja", pues:

"El enfrentamiento de los intereses de 'Pulpapel S. A.' con los intereses de los colonos fue de tal naturaleza, que la mentada sociedad anónima pretendió por una parte lanzar a sus tierras —con o sin indemnización— a los colonos y por otra, estos ensanchaban, dada la oportunidad, su área de explotación.

"La firmeza en las pretensiones de 'Pulpapel' —a pesar de la actitud conciliatoria del doctor Sánchez Ayala (f. 11 v y 19 v.) y del paciente desfile de los trabajadores por las correspondientes oficinas del Estado— se erigió a la postre en amarga disputa no libre de las necesarias secuelas de rencor y enojo entre los oponentes, máxime cuando Sánchez Ayala fue mirado como el 'dueño' de 'Pulpapel' (f. 35).

"El asunto fue tratado con incuria y desidia tanto por el Gobierno Nacional y Departamental, como por las autoridades locales. La querrela se hizo crónica, hasta que un absurdo arbitrario —la muerte del doctor Marino Sánchez Ayala— buscada por algunos colonos entenebreció más la situación. Es este el proceso siempre en ascenso del que antes se habló.

"A su vez, fue esta la génesis del delito. Es preciso analizar ahora quiénes y en qué medida propiciaron el desenlace fatal. Lo cual se puede puntualizar, así: Como causa permanente de agitación encontramos un 'Comité pro vivienda', dirigido por Robinson Mendoza Medina (fs. 12 v y 31), Luis Pantoja, Sergio Rojas, Manuel Estrada Zabala y seis vocales más (f. 83 v), el que publicaba hojas volantes (f. 19 v), celebraba reuniones (f. 31) y decía abanderar las reivindicaciones de los colonos.

"Por personas desconocidas unas e identificadas otras, en dos circunstancias anteriores se llevaron a cabo ataques a mano armada a instalaciones de

'Pulpapel S. A.' (f. 32).

"Variadas son las personas que por tener sus mejoras en terrenos de 'Pulpapel' se encontraron particularmente enfrentadas con el doctor Marino Sánchez Ayala, sin que llegaran a acordar ninguna solución (Fs. 53, 51, 182v., 172v., 173 y 173 v., 503, 531, 532, 583, 649 v.) a pesar de las reuniones, demandas, requerimientos, multas, etc. a que dió lugar el problema.

"Los sindicatos todos, con excepción de José Rufino Bernal Prieto, Alejandro Laserna Rueda, Robinson Mendoza, Eloy o Elías ('El Locho') Moreno Patiño y Luis Ernesto Quintero o Patiño, tenían sus propiedades dentro del área adjudicada a 'Pulpapel S. A.'.

"Por información —para obtener la cual 'realizó algunos gastos especiales' (f. 28) el mismo doctor Marino Sánchez Ayala tuvo conocimiento en la semana anterior a su propia muerte— del peligro que le amenazaba, y en forma expresa, denunció lo que al respecto pudo conocer. . . Era, pues, un secreto a voces que el Ingeniero Jefe de 'Pulpapel' iba a ser asesinado.

"Por el memorandum que el doctor Sánchez, días antes de su muerte, entregó al Sr. Luis Eduardo Posada Linares y que éste hizo llegar al informativo, se obtiene en forma esquemática lo sucedido en la reunión efectuada por los interesados en la muerte del Dr. Sánchez, el día ocho de agosto de mil novecientos sesenta. Dice el citado documento: 'MINUTA DE LA REUNION CELEBRADA.— Convocó y presidió: Nazario Calvo. Sitio: Casa de don Eloy Moreno. Asistentes: Los hijos de don Eloy y, Desporio Duque, un costeño llamado 'El Loco', el 'Mono' Luis, y algunos otros, hasta completar nueve hombres. Hora: Aproximadamente de las 10 a las 12 a. m.— Motivo de la reunión: Planear ataques a las patrullas del Ejército y el asesinato del Dr. Sánchez, en el monte mismo, en el río o en Barrancabermeja. Se discutió también la conveniencia de formar tres grupos para poder distraer al Ejército en algún sitio y atacar el puesto que quedara más débil. Se concluyó que la muerte del Dr. Sánchez era el mejor

golpe para obligar a la empresa 'Pulpapel' a dejar libres todos los montes. Se dijo que habría suficientes hombres para hacer todo ese trabajo, pues según el Sr. Calvo, el que no quisiera ir por las buenas, lo pelaban. Se ofreció también que en el momento oportuno se tendrían armas para todos los que asistieran. Acordaron poner escuchas sobre la banca del ferrocarril y en el río Opón, para que avisaran de los movimientos del Dr. Sánchez y esperarlo a su regreso. Se propuso que para el trabajito de Barranca se buscara un tipo bueno, no conocido, para que se pudiera acercar al Dr. Sánchez sin riesgo, de preferencia en un café, o en el teatro o a la salida de un banco. Que, desde luego, se podían disponer de \$1.500.00, pero pudiéndose reunir más. Nazario asistió armado con una escopeta automática de cinco tiros, calibre dieciseis. En la reunión había otras armas. Después de la reunión se fueron a visitar a otros colonos, para interesarlos en el asunto. Los asistentes, en su mayor parte, trabajan con don Eloy y no tienen intereses en la zona de 'Pulpapel'. Regresaron por el campamento de 'Las Vizcaínas', ya en las primeras horas de la noche. Todos los contingentes del Ejército y de la Policía están informados de las actividades del señor Calvo y es altamente peligroso para los colonos reunirse en grupo en cualquier sitio de aquella región. Todos los participantes de la reunión están plenamente identificados y se conocen hasta las características de sus armas. Se tienen mapas muy completos de las trochas de toda la zona y están todas vigiladas. El señor Gonzalo Vides ha estado trabajando en este asunto muy por debajo del agua y está comprometido y comprometiendo la situación de muchas personas. Desgraciadamente el señor Calvo parece que es el que está animando a sacar las castañas del fogón. Hay que anotar que el señor Eloy Moreno está en contra de estos procedimientos y de los planes que se tienen. Pero sus hijos no le hacen caso. Parece que antes del domingo se van a reunir nuevamente para terminar con los planes', (fs. 14 y 15).

"Que dicen los mismos asistentes? .

“.....
 “Por lo que antecede...”, testimonios de Eduardo Posada Linares (f. 11 v.), Eloy Moreno (f. 52 v.), Desposorio Durán o García o Duque (f. 63 v.), Julio Moreno Patiño (f. 129 v.), Nazario Calvo de la Hoz (f. 69 v), Luis Ernesto Quintero (f. 134), Armando Comas Mejía (f. 87 v. y 88) y Mario Moreno Patiño (f. 118 v),... “queda fehacientemente probado que a la dicha reunión asistieron las siguientes personas: Eloy Moreno Badillo (fs. 11v., 52v., 129v., 134 y 378), sus tres hijos, Mario, (f. 35, 39 y 52 v), Julio (f. 63 v., 129 v y 134) y Elías o Eloy, a quien, como dice un deponente, ‘para distinguirlo del viejo lo llaman ‘El Locho’ (f. 35, 52v y 252v). También estuvieron presentes Nazario Calvo (f. 118 v, 134 y 129), Desposorio Durán o García Duque (fs. 11 v, 19, 129 v y 134), Daniel Alvarez u Otálvarez (f. 129 v), Armando Comas Mejía (a) ‘El Loco’ (fs. 52v, 63v., 66, 87v, 118 v., 129, 134 y 378), a éste también se le daba el nombre de ‘Costeño’ y era el cocinero, porque la esposa del viejo Eloy no estaba ese día en casa; también asistieron a la reunión Luis Ernesto Quintero o Serrano, (a) ‘El Mono Luis’ (fs. 117v, 129v y 134), un tal ‘Aurencio’ o ‘Audencio’ (fs. 35, 52, 53 v, y 134), finalmente José Rufino Bernal Prieto, (a) ‘El Zorro’. Pretendió este sujeto en su indagatoria negar su concurrencia a la mencionada reunión; más había afirmado antes que el día en que se realizó, él (‘El Zorro’), estaba trabajando en casa de don Eloy Moreno’ (f. 376 v). Tengamos muy presente esta afirmación. Por otra parte, no deja de ser significativo cómo la presencia de Bernal Prieto es ‘callada’ sistemáticamente por los asistentes, excepción de Mario Moreno...”

“.....
 “... Se concluye que a excepción de José Efraín Bravo Silva, Humberto Cala Rojas, Rafael Antonio González o Quinchía (a) ‘Perra Brava’, Alejandro Laserna Rueda, Robinson Mendoza Medina y Gonzalo Vides Cano, los demás sindicados (vale decir, indagatoriados), junto con otras personas no

identificadas, asistieron a la comentada reunión. Como se observará, estas conclusiones que se van alcanzando se han logrado sin acudir a los datos suministrados por el testimonio de Florencio Téllez, al que no se acudirá sino posteriormente y en forma subsidiaria y a los que dió el occiso días antes de su muerte. Así lo exige una severa crítica probatoria.

“.....
 En cuanto a lo que se trató en aquella reunión, “por las anteriores aseveraciones...” de los asistentes y de lo que señala el informe de los detectives 1774 y 1611... “aunque se puede conocer el tema tratado... no se precisa con exactitud el grado de participación de cada uno de los concurrentes. Se hace necesario, en consecuencia, acudir a otras fuentes probatorias...”, entre ellas el testimonio de Florencio Téllez Bohórquez, dentro de una severa crítica y confrontación de su dicho, atendido que “con excepción” de un sindicado, todos los que de alguna manera quedan comprometidos por la declaración de Florencio, no solamente afirman que no estuvo en casa de Eloy, sino que no lo han conocido jamás (fs. 360, 363, 365, 367 y 369). Y en cuanto a la participación concreta del recurrente NAZARIO CALVO DE LA HOZ, el citado Téllez Bohórquez, luego de expresar que los interesados en el ataque eran “Gonzalo Vides, Nazario Calvo y Esposorio Duque y un hijo de don Eloy Moreno, el de los dientes de oro, vale decir, Mario Moreno...”, (p. 31 del auto de proceder), en diligencia de careo con CALVO DE LA HOZ manifiesta (pág. 32 de la misma providencia): “PREGUNTADO: En esa reunión del lunes ocho de agosto del presente año en la casa de Eloy Moreno dijo Nazario Calvo que efectivamente el doctor Marino Sánchez era estimado por muchos amigos pero que su eliminación era el único golpe que realmente podía obligar a la empresa a retirarse de Barrancabermeja y que entonces esos montes quedarían libres para los que quisieran trabajar con ellos?— CONTESTO EL TESTIGO, poniéndose de pie: Sí lo dijo, doctor”.—

PREGUNTADO: Dijo en esa ocasión Nazario Calvo que entre los socios del terreno que la compañía les prohibía trabajar iban a recoger dinero para organizar el asalto y la muerte del doctor Marino Sánchez?— CONTESTO: Sí señor, sí lo dijo". Se pone el testigo de pie para contestar.— PREGUNTADO: Dijo en esa reunión Nazario Calvo que como el doctor Sánchez era extranjero el escándalo sería mayor y la empresa no podía contratar fácilmente otro ingeniero? . CONTESTO: Sí señor, sí lo dijo. PREGUNTADO: También dijo que el que no colaborara lo pelaban?— CONTESTO: Sí señor, sí lo dijo. PREGUNTADO EL SINDICADO NAZARIO CALVO: Qué tiene usted que decir respecto de lo que en su presencia acaba de decir el testigo Florencio Téllez Bohórquez, con el cual en memorial anterior usted solicitó la práctica de un careo?— CONTESTO: Que todo eso que él dice es mentira. Yo sí estuve en la casa de don Eloy ese día, yo no lo niego, pero no me demoré ni cinco minutos, ni yo tenía escopeta". En este estado el señor Investigador le dijo al sindicato Nazario Calvo que estaba en libertad de hacerle las preguntas que quisiera al testigo Florencio Téllez, y el sindicato le pregunta al testigo: "Si tanto sabe qué llevaba yo en las manos? , CONTESTO: El llevaba, que me recuerde yo, una escopeta calibre dieciseis, automática, de cinco tiros. . .".

Más adelante, al folio 764 del informativo (pág. 51 del auto de proceder), se anota:

"Si se intentara resumir las incriminaciones que surgen del proceso contra estos que aparecen asociados en sus intereses económicos, diríamos:

a).— Contra Nazario Calvo de la Hoz corre prueba de haber planeado en concierto con Desposorio Durán la muerte del Dr. Sánchez Ayala. Por su parte, contra Desposorio Durán y Gonzalo Vides Cano, existe caudal probatorio suficiente de haber participado ambos en forma activa en la elaboración del plan que concluyó con la violenta muerte del Dr. Marino Sánchez Ayala.—

b).— Configúrase de la misma manera y en contra de Nazario Calvo de la Hoz,

Desposorio Durán y Gonzalo Vides, el indicio causal que en la técnica de FRAMARINO toma el nombre de 'capacidad moral para delinquir por impulso particular hacia el delito', constatada como está, en la investigación la existencia de un móvil lo suficientemente fuerte y 'reflexivo' para impulsar a cada uno de los sindicados no solamente al delito, sino a 'concertar' previamente el delito. Quedó, en efecto, demostrado como los comunes intereses de los tres sindicatos fueron irreconciliables con los fementidos o reales intereses de 'Pulpapel S. A.', a la sazón representada por el doctor Sánchez Ayala. . .".

Ahora bien:

En cuanto al trámite del proceso, se tiene lo siguiente:

Clausurada la investigación, el Juzgado 3o. Superior del Socorro, mediante la providencia de que se ha hecho referencia, fechada el 5 de abril de 1960, llamó a juicio, junto con José Rufino Bernal Prieto, Desposorio Durán o García o Duque, Rafael Antonio González o Quinchia y Gonzalo Vides Cano, al recurrente NAZARIO CALVO DE LA HOZ, por el delito de homicidio cometido en la persona del doctor Marino Sánchez Ayala. En el mismo auto se sobreseyó temporalmente en favor de José Efraín Bravo Silva, Humberto Cala Rojas, Armando Comas Mejía, Alejandro Laserna Rueda, Eloy o Elías Moreno Patiño, Mario Moreno Patiño, Carlos Julio Moreno Patiño y Luis Ernesto Quintero o Patiño. Asimismo, se sobreseyó definitivamente en favor Robinson Mendoza Medina.

En la parte motiva el auto de vocación a juicio se anota:

"Para evitar disgresiones superfluas se ha de afirmar que en el caso de autos no ofrece ninguna dificultad la clasificación de la conducta desplegada por Rafael Antonio González o Quinchía (a) 'Perra Brava', a quien es preciso considerar como autor material del homicidio del doctor Sánchez Ayala; acto al cual concurrió José Rufino Bernal Prieto (a) 'El Zorro', 'Curubo' o 'Curubín', el que con concurso de voluntad y de acción tomó parte en la ejecución del hecho, concurriendo como concurrió con actos concomitantes a la consumación del ilícito.

“Plantéase, en cambio, un problema teórico al clasificar la conducta de quienes prestaron un concurso puramente moral, el que para que sea políticamente imputable ‘es necesario que en él pueda encontrarse un impulso al delito mismo...’. En el orden doctrinario subsisten aún disímiles opiniones y encontradas definiciones, a las cuales no es necesario acudir, porque el legislador, al concebir el artículo 19 del C. P. —que es el que contempla la complicidad en el elemento moral del delito— evitando superfluas disquisiciones, trazó una norma genérica, dejando al criterio del juzgador en casillar las formas concretas de delincuencia. . . Mas, ¿Cómo se sabe que alguien efectivamente ‘concorre’ a crear la fuerza moral del delito?. Tampoco es difícil determinararlo. ¿Qué es la fuerza moral del delito?. Es el designio criminoso. Se necesita, por lo tanto, que haya adhesión de entendimiento y de voluntad a tal designio y que una vez concebido el designio criminoso, este se manifieste en forma externa, inequívoca y activa, para dar impulso a la acción delictuosa así querida.

“De este tipo es la participación moral de Nazario Calvo de la Hoz, Desposorio Durán y Gonzalo Vides, los que —así sea en diverso grado— dieron ‘impulso’ en forma externa, inequívoca y activa a la acción delictuosa consistente en el homicidio del Dr. Marino Sánchez Ayala. El enlace o conexión entre la actividad moral de aquellos y la acción física criminoso, se encuentra en el hecho de que uno de los que concurrieron a la tan citada reunión, José Rufino Bernal Prieto, tomó parte en la ejecución del hecho criminoso.

“De esta manera, la participación de Nazario Calvo, Desposorio Durán y Gonzalo Vides, queda encuadrada en la fórmula adoptada por el artículo 19 del C. P., que tipificó como particularmente delictiva la conducta de quien preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito”.

Más adelante se indica, como circunstancia agravante del delito de homicidio averiguado, la prevista en el ordinal 5o. del artículo 363

del Código Penal.

Este proveído fue confirmado, en todas sus partes, por el Tribunal Superior de San Gil, el 9 de agosto de 1963, con la única reforma de deducir contra los enjuiciados, asimismo, la circunstancia agravante del homicidio indicada en el 2o. del citado artículo 363 del Código Penal, pues se dice a este respecto:

“Considera la Sala que es el caso de deducir igualmente la agravante de la premeditación; de los mismos indicios antes relacionados se desprende, con claridad, que los acusados premeditaron el delito que se les imputa, pues así lo demuestran las circunstancias del delito, se estudiaron los caminos frecuentados por la víctima, se anunció la resolución de darle muerte en lugar seguro, sin testigos y tomando una actitud de espera, escondidos en el bosque.

“Lo anterior demuestra que esos detalles corresponden a la ejecución perfecta de un plan previamente meditado, acompañado de motivos innobles y bajos, que se revelan en su sed de venganza contra quien justamente se oponía a su exagerada codicia”.

En la audiencia pública, le fue propuesto al Jurado el siguiente cuestionario, en relación con el enjuiciado NAZARIO CALVO DE LA HOZ:

“CUESTION SEGUNDA: El acusado Nazario Calvo de la Hoz es responsable, sí o no, de haber prestado una cooperación o auxilio a los autores de la muerte ocasionada a Marino Sánchez Ayala, por medio de la herida descrita en la diligencia de necropsia que obra al folio 90 del sumario, hecho cometido en las mismas circunstancias de lugar y tiempo a que se refiere la cuestión anterior, cooperación o auxilio sin los cuales su deceso no se hubiese producido, hecho perpetrado con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y además poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad por medio de asechanza?”.

Los jueces de hecho respondieron:

“Sí cooperó”.

Con fundamento en este veredicto, el juzgador de primera instancia, mediante el fallo de 28 de febrero de 1964 (fs. 93 a 159 del Cd. 3o.), condenó, entre otros, al

recurrente NAZARIO CALVO DE LA HOZ a la pena principal de quince (15) años y seis (6) meses de presidio, providencia ésta que confirmó el Tribunal Superior de San Gil, según la sentencia objeto del recurso de casación de que se ocupa la Sala.

En el fallo del Juzgado 3o. Superior se anota:

“De conformidad con el auto de proceder, la responsabilidad es igual para todos los acusados José Rufino Bernal Prieto, Nazario Calvo de la Hoz y Gonzalo Vides Cano, al tenor de lo normado en el artículo 19 del Código Penal. Con su acción antijurídica, los justiciables violaron el artículo 362 del C. P., en armonía con los numerales 2o. y 5o. del artículo 363 de la misma obra, que sanciona el homicidio agravado con presidio de quince a veinticuatro años”.

En la sentencia acusada, no obstante que se contrae a transcribir el auto de proceder para señalar que constituye la prueba de cargo que tuvo en cuenta el Jurado, se dice que “la Sala respeta el criterio adoptado...” en cuanto a la aplicación de la pena...” ya que, en verdad, el hecho de no perjudicar...” a los reos... “circunstancias de mayor peligrosidad, hace posible el aumento en la forma indicada, pues por el contrario los favorecen de menor, lo que permite conforme a los postulados del artículo 39 del Código Penal, llegar al guarismo señalado”.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El señor apoderado del recurrente NAZARIO CALVO DE LA HOZ invoca las siguientes causales de casación:

a).— *Causal cuarta* (art. 567 del C. de P. P.) “Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad”.

Dice el demandante que “la tramitación del juicio no ofrece, en relación con las normas adjetivas que regulan el proceso, una nulidad propiamente procesal. Pero sí debe hacerse notar que, en la formulación de los cuestionarios al Jurado popular, se incurrió en graves errores que limitaron las posibilidades de defensa y que indujeron un fallo condenatorio reñido con la naturaleza de la delincuencia imputable y con principios fundamentales de la ley penal sustantiva”.

Agrega que “el cuestionario presentado por el juez del conocimiento a la consideración del *Juri*, solicitándole un veredicto calificadorio de la responsabilidad de Nazario Calvo de la Hoz, comprende una complejidad de situaciones que no han podido ser definidas con una sola y simple respuesta afirmativa o negativa. Se hace esta observación, sumada a la de que el juez del conocimiento omitió incluir, en dicho cuestionario, las tesis expuestas en el debate público”.

Explica el cargo anotando que en el “interrogatorio se involucraron tanto situaciones atinentes a la responsabilidad penal, como a la intención o elemento síquico, a la forma o modalidad de complicidad o concurso imputado y a la especie de delito acompañado de circunstancias modificadoras agravantes de la delincuencia”, con lo cual se llegó “a un veredicto arbitrario que ofrece, en sus implicaciones jurídico penales, la desnaturalización del principio de individualización de la pena, porque determinó la aplicación igualitaria y la equivalencia de sanciones para todos los imputados, excluyendo la posibilidad de definir quienes fueron partícipes principales y quienes secundarios en el reato *sub-judice*”.

Dice que el criterio señalado por la Corte, de que “si el cuestionario formulado comprende circunstancias modificadoras de la responsabilidad, como las que enumera el artículo 363 del Código Penal y el jurado no las desecha en forma expresa, hay que entender que las acepta, porque así lo enseñan la gramática y la lógica”, merece ser revaluado, “pues un cuestionario habilidoso o contentivo de errores sustanciales modifica básicamente el pliego de cargos del enjuiciamiento, y, por lo tanto, puede impedir que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando así un evidente perjuicio a la sociedad en su función represiva, o al procesado en su derecho de defensa. Cuando esto ocurre, surge una nulidad de orden constitucional porque se violan normas propias del juzgamiento. Tal sucede cuando el interrogatorio pregunta sobre un delito distinto del consignado en el auto de proceder, cuando agrava o atenúa las circunstancias modificadoras planteadas en la misma providencia y cuando omite dichas circunstancias, consignadas en el debate.

siendo el caso de formularlas como garantía para la defensa”.

Afirma, por último, lo siguiente:

“Cuando el veredicto es confuso, y puede serlo por esquemático o excesiva simplicidad, se presta a varias interpretaciones que pueden resultar, como en el caso sub-judice, perjudiciales para el procesado, porque la pregunta que se le formuló al Jurado está mal concebida, o complejamente elaborada, o contiene sugerencias extrañas al debate o excluye modalidades favorables a la situación del reo, se está contrariando una norma propia del juicio, se viola el artículo 28 de la Ley 4a. de 1943 y se incurre en una nulidad de orden constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Esa nulidad debe decretarse para que se corrija el error cometido y se produzca la oportunidad de presentarle a los Jurados un nuevo cuestionario que les permita pronunciarse con claridad sobre la verdad de los hechos materia del debate”.

Como réplica, el señor Procurador lo. Delegado en lo Penal expresa lo que pasa a transcribirse:

“En cuanto al incluir en un solo cuestionario, junto con la intención, el cuerpo del delito, hechos referentes a la asechanza y la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, sí, en concepto eminentemente personal mío, falta a la técnica pudiendo producir confusión en el Jurado, por la cantidad de preguntas que se formulan, no es violatorio de la ley, porque ésta precisamente ordena y autoriza un cuestionario único, permitiendo al Jurado, agregar a su respuesta, las modalidades que en su conciencia soberana estime conveniente o negarlas. Basta la lectura de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 de la Ley 4a. de 1943 para llegar a dicha conclusión.

“En síntesis, estando el cuestionario acorde con los mandatos legales, mal puede decirse que es contrario a la ley, que la viola, porque precisamente es la aplicación de la misma, no generándose nulidad alguna”.

b).— *Causal tercera* (art. 567 del C. de P.

P.): “Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

Luego de anotar el actor que el cuestionario propuesto al Jurado, en cuanto a su asistido, “reúne, en una sola pregunta, distintos hechos tanto en lo que hace relación a la responsabilidad penal, a la especie de la delincuencia imputada, como a las circunstancias modificadoras de la penalidad, que no son susceptibles de calificar y definir en una respuesta tan esquemática y simple como la que dió el Jurado Popular”, afirma que el veredicto “ofrece una evidente vaguedad generadora de incertidumbre y de caos para el fallador en derecho, que se siente, por ausencia de un complemento que explique la veredicción, compulsado a condenar en las circunstancias sugeridas en el cuestionario del *a quo*”.

Observa el demandante que “al hacer la afirmación el Jurado de que el imputado Nazario Calvo de la Hoz ‘sí cooperó’, esa escueta afirmación se refiere a la responsabilidad, pero nó despeja la duda sobre la especie de la delincuencia sometida al juzgamiento popular. Es evidente que el Jurado, en su respuesta afirmativa, está calificando la responsabilidad de un copartícipe, quedando la duda si aceptó esa cooperación o concurso en grado material o intelectual, necesaria o secundariamente, y si finalmente acogió la insinuación de que la delincuencia haya sido cometida en las circunstancias descritas, es decir, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y, además, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad por medio de asechanza”.

Manifiesta que el juez de derecho ha debido declarar la contraevidencia del veredicto, “que resulta de haber calificado en grado de agravación un delito que, por las especiales circunstancias que lo rodearon, como sus móviles y especial prevención de la víctima, desnaturalizan y le cierran toda acogida a los numerales 2o. y 5o. del artículo 363 del Código Penal, como ligeramente los acogió el *ad-quem*”.

Agrega que “no existe explicación, ni puede aceptarse cómo, reconociendo la sentencia y el auto de proceder que, en la muerte del ingeniero Marino Sánchez Ayala, intervinieron varias personas y emplearon

pluralidad de armas, no se hubiese acogido la complicidad correlativa, virtualmente reconocida en las motivaciones del fallo, pero expresamente desconocida en la aplicación de las penalidades”.

En cuanto a lo antes expuesto por el actor, dice lo siguiente el señor Agente del Ministerio Público:

“Desafortunadamente para el señor apoderado, en el auto de proceder de primera instancia se planteó la asechanza, respecto de todos los enjuiciados, como puede verse a los folios 66 y 67 del Cd. 3o., y el Tribunal Superior de San Gil, al revisar el auto de proceder, además de confirmar el auto de primera instancia, en cuanto a que hubo asechanza, planteó la premeditación acompañada de motivos innobles y bajos (f. 42 del Cd. 4o.), cayendo sus argumentaciones al respecto por su base.

“Afirma igualmente que el Jurado, al responder ‘sí cooperó’ al cuestionario, no quiso involucrar estas circunstancias de asesinato, pero basta leer el cuestionario y la respuesta dada para llegar a la conclusión de que sí las aceptó, por cuanto sobre ellas se les preguntó y no hicieron excepción alguna al responder con un sí a las preguntas formuladas. Por otra parte, los autores materiales se ocultaron tras un matorral y desde allí dispararon sobre la camioneta en que viajaba el occiso, lo cual constituye exactamente la asechanza. Es cierto que el Doctor Marino Sánchez Ayala fue informado del plan letal fraguado para darle muerte e iba armado y acompañado en la camioneta. Pero este conocimiento fue desconocido por los autores materiales e intelectuales de su muerte y dada la forma como se cumplió el mortal designio, las precauciones tomadas por la víctima resultaron inútiles, dado su total ocultamiento a la vera del camino y tras el matorral. Luego desde el punto de vista procesal, la existencia de la asechanza es un hecho incontrovertible.

“En cuanto a la premeditación, es hecho procesal evidente que la muerte se planeó con antelación suficiente, que se buscó a los autores materiales, que éstos se apostaron a la vera del camino, con

ocultamiento, lo cual implica una meditación antelada, fría, reflexiva y razonada, que es precisamente lo que se llama jurídicamente premeditación. En cuanto a los motivos que la determinaron, el Tribunal Superior de San Gil los estimó bajos e innobles, por cuanto fueron la codicia y la venganza sus modeladores.

“Por consiguiente, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, en cuanto condenó por asesinato, con base en los numerales 2o. y 5o. del art. 363 del C. P., se ajustó estrictamente al veredicto, careciendo de base las observaciones hechas por el señor apoderado al ‘respecto’.

En cambio, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal dice que está de acuerdo con el demandante, con respecto al desacuerdo del fallo con el veredicto del Jurado, al calificar el juez de derecho como complicidad necesaria la coparticipación criminal de NAZARIO CALVO DE LA HOZ, pues al responder los jueces de hecho el cuestionario con las palabras “sí cooperó”, no afirmaron “que esa cooperación fuese necesaria, sino que se quiso decir que era cooperación secundaria y que, en todo caso, dejó vigente una duda, la cual no puede resolverse en contra del procesado, ni menos aún servir de fundamento a una condena como cómplice necesario”.

Agrega, sobre esto último, lo que pasa a transcribirse:

“Con la fórmula del cuestionario —‘el deceso no se hubiera producido’— se afirma, apenas, la eficacia de la cooperación en la muerte de Marino Sánchez Ayala, pero no que esa cooperación eficaz fuese necesaria, condición ésta esencial para poder aplicar lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, que exige expresamente que la cooperación o el auxilio sea de tal naturaleza que sin ellos el hecho ‘no habría podido cometerse’.

“Se dirá que al preguntarse al Jurado sobre si la cooperación o auxilio atribuida a Nazario Calvo de la Hoz, era de tal naturaleza que sin ella el deceso de Marino Sánchez Ayala NO SE HUBIESE PRODUCIDO, se está predicando la necesidad de la cooperación; pero ello no es más que simple interpretación

extensiva del cuestionario y de la respuesta, porque ese 'sin la cual el deceso no se hubiese producido', puede predicarse también de la complicidad secundaria; por ejemplo, de quien presta el arma para que se mate a una persona y con esa arma precisamente se le dá muerte, porque sin tal arma 'el deceso de esa persona no se hubiese producido'. En cambio, en este ejemplo, jamás podría afirmarse que sin esa cooperación secundaria, prestar el arma, el deceso de esa persona no habría podido producirse, porque con otra arma distinta, por otro medio, el criminal había podido consumir su letal designio.

"Ahora bien, si la frase 'sin la cual el delito no se hubiese cometido', puede predicarse también de una complicidad secundaria o accesoria, una vez realizado el delito, que es por el que se juzga, hay que concluir que ella, involucrada en la respuesta afirmativa del *juri* 'sí cooperó', es insuficiente, para elevar la cooperación a la calidad de necesaria y diferenciarla de la cooperación eficaz.

"Error muy generalizado entre nuestros jueces, es el de confundir la eficacia de la cooperación o el auxilio con la NECESIDAD de la misma, por lo cual es muy frecuente que a toda cooperación que haya sido eficaz se la estime jurídicamente como necesaria, por el hecho de que consumado el delito toda colaboración en su realización, adquiere el carácter de causa eficiente del mismo, presentándose en la práctica graves injusticias.

"Sabido es que para que se configure la complicidad, cualquiera que ella sea, la cooperación en que esta se basa debe ser eficaz en la realización del delito, por cuanto si esa cooperación es ineficaz, es inócua —tal el caso citado por el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, en su obra 'Comentarios al Código Penal', de quien presta un revólver para que el delincuente dé muerte a su enemigo y el homicida consuma su delito con otra arma; o de quien presta la escala para que el amante rapte a su amada y éste consigue que la criada le abra las puertas' . . .", no hay complicidad.

"De ahí que se haya dado el criterio para diferenciar la complicidad necesaria

de la nó necesaria, de la imprescindible del aporte del cómplice para la consumación del hecho delictuoso, para la primera, o de la insustituibilidad de la misma. Si haciendo la abstracción del hecho consumado, el aporte criminoso podía ser prestado por otro, la complicidad será secundaria. Si no podía ser prestado por ninguna persona distinta del cómplice, la complicidad sería necesaria.

"En el caso *sub-judice*, en que hubo varios autores intelectuales, Nazario Calvo, Gonzalo Vides, entre los descubiertos, podría afirmarse que la autoría intelectual de Nazario Calvo era insustituible para dar muerte a Marino Sánchez Ayala, cuando había otros interesados en dicha muerte?

"Qué decir cuando el Jurado agregó al 'sí' el 'cooperó', con lo cual está indicando que la participación de Nazario Calvo de la Hoz fue simple cooperación, como la de Gonzalo Vides?

"Claro está que el error del cuestionario, al plantear una cooperación no necesaria, en desacuerdo con el auto de proceder que expresamente citó la complicidad necesaria, valdría para declarar una nulidad, si el recurrente hubiese sido el Ministerio Público, máxime cuando el señor Juez en el auto de proceder, confirmado al respecto por el Tribunal, consideró a Nazario Calvo de la Hoz como cómplice necesario y nó como autor intelectual, motor, o determinante al delito. Pero siendo el recurrente el procesado, no es posible declararla, sino aceptar el veredicto tal como fue producido, con mayor razón cuando no es un exabrupto calificar como nó necesaria dentro del proceso la participación de Nazario Calvo, cuando hubo otros autores intelectuales, cuya actividad podía determinar perfectamente al delito, independientemente de la intervención de Nazario Calvo.

"En síntesis, considero que la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, al condenar a Nazario Calvo de la Hoz como COMPLICE NECESARIO superó el veredicto del Jurado y está en abierto desacuerdo con el mismo, con

violación de lo dispuesto en el art. 480 del C. de P.P., que ordena que dicha sentencia esté de acuerdo 'con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre que haya versado el debate'. Por consiguiente, debe aceptarse la causal tercera del art. 567 del C. de P. P., alegada, y consecuentemente, invalidar la sentencia recurrida y en su lugar dictar la que corresponde".

c).— CAUSAL PRIMERA.

(Art. 567 del C. de P. P.).— "Cuando la sentencia sea violatoria se la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Formula el demandante los siguientes cargos:

1o.— Violación del artículo 19 del Código Penal.

Dice el señor apoderado de Nazario Calvo de la Hoz que "cuando el Jurado popular admitió una cooperación imputable . . ." a su mandante . . ., "ha debido calificar esa cooperación por su grado de influencia o de cooperabilidad en la producción del reato, pues al juez de derecho no le es dable hacer interpretaciones de la voluntad del *Juri* y, en el caso de que le fuere dado hacerlas, tendría que buscar la fórmula de interpretación que resulte permisiva y favorable con preferencia a la restrictiva y desfavorable . . . Cada copartícipe responde independientemente de su propia obra criminosa, sin ser comunicable a los demás. No puede ser lo mismo, ni debe recibir idéntico tratamiento, producir la muerte con participación necesariamente activa para ello, que proponer el crimen, sugerirlo o deseárselo sin realizar actos positivos para su consumación".

Anota que "Nazario Calvo de la Hoz pudo haber deseado o insinuado la muerte del ingeniero mejicano que amenazaba sus pertenencias, pero fue incapaz de realizar activamente su deseo criminal y no existe ninguna constancia —salvo las más subjetivas apreciaciones de los jueces de derecho— de que hubiese concurrido con ningún acto positivo e influyente a la consumación del reato. Se le llamó a juicio y se le condenó por un supuesto o real concurso de voluntad sin concurso de acción, cuya complicidad sólo se tipifica en una de las cinco situaciones siguientes: por mandato, por la coacción, la

orden, el consejo o la sociedad. La reunión en la casa de don Eloy Moreno sugiere una sociedad, si se tiene en cuenta que la *utilidad* que constituye la nota característica de las cinco figuras anotadas, les resulta común a todos los asistentes que se encontraban perseguidos y amenazados por la empresa extranjera y, personalmente, por su representante, el ingeniero Marino Sánchez Ayala. Pero si la utilidad que pudiera resultar del reato les era común a todos los asistentes a la célebre reunión, fuente de toda acriminación contra CALVO, se puede concluir también que su vinculación a esa hipotética sociedad no alcanza a configurar una forma de concurso tan necesario que, sin él, el delito no habría podido cometerse.

"El *ad quem*, al asimilar a un mismo grado de responsabilidad y penalidad la situación de NAZARIO CALVO, GONZALO VIDES y JOSE RUFINO BERNAL PRIETO, viola el principio de individualización de la pena y quebranta las normas y doctrinas que admiten una distinción entre autores, cómplices necesarios o principales e innecesarios y secundarios. Nuestra ley penal, al distinguir entre cómplices necesarios e innecesarios, encubridores y auxiliares, etc. participa de la teoría dualista respecto al concurso de delinquentes. Pero si, por este aspecto se aparta de la teoría sobre equivalencia de las causas o condiciones, en su aplicación deja un vacío que lo llenan, por vía de interpretación los jueces de derecho, muy especialmente cuando en el caso de juicios por jurados, éstos no son interrogados sobre el grado de coparticipación de los procesados en el reato. Es decir, que el subjetivismo de los jueces de derecho y la soberanía de los jueces populares, hacen nugatoria la aplicación de la doctrina dualista sobre coparticipación, fuente, en nuestro derecho, de las normas individualizadoras de la pena. Así lo ha admitido nuestra doctrina cuando predica que la responsabilidad, en el campo de la justicia represiva, es individual y divisible y cada copartícipe responde, independientemente, de su propia obra criminosa, sin ser comunicable a los demás. La coparticipación en el delito es real y no procesal; accede al hecho punible y no a la culpa del autor o autores".

2o.— Violación de los ordinales 2o. y 5o. del art. 363 del Código Penal.

Afirma el actor "que la coparticipación imputada a Nazario Calvo de la Hoz y por la

cual se le condenó, no está vinculada a un homicidio agravado, en las circunstancias . . ." aludidas . . . "ni ofrece la necesidad que le fue atribuída, para asimilar su delincuencia al mismo grado de los autores principales".

Ahora bien:

Sin que proponga un nuevo cargo a través de la causal primera de casación, el demandante, luego de aludir el veredicto absolutorio proferido en favor del enjuiciado DESPOSORIO DURAN y a la acogida que le dió el juez de derecho, sin embargo de que éste anotó que "resulta un tanto difícil conocer los motivos que en verdad tuviéramos el Tribunal popular para absolver a Desposorio Durán, en tanto que condenó a Calvo y a Vides, especialmente a aquél, si se tiene en cuenta que el acervo probatorio quizá compromete más la responsabilidad de Durán", expresa su extrañeza por esta determinación del Tribunal Superior de San Gil y sobre élla dice lo siguiente:

"Hemos recogido esa perplejidad del Tribunal de instancia sobre una actuación de los jueces de conciencia, porque élla es inexcusable ante lo dispuesto por el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal y porque menos aceptable que las equivocaciones o desvíos de la justicia popular son los desaciertos conscientes de los jueces de derecho, cuando arrastrados por la omnipotencia de sus pensamientos o, muchas veces, como decía La Bruyere, por una excesiva afectación de pasar por incorruptibles, expone a ser injustos".

Como respuesta, dice el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal:

1o.— Que "está de acuerdo con el señor apoderado impugnante, por cuanto el jurado no afirmó los elementos estructurales y esenciales de la complicidad necesaria, de que trata el art. 19 del C.P., sino los elementos de la complicidad accesoria, prevista en el art. 20 de la misma obra, por lo cual debe invalidarse la sentencia recurrida y dictar la que corresponda".

2o.— Que este cargo no fue probado, pues "el Tribunal, al condenar a Nazario Calvo de la Hoz por asesinato . . .", tomando en consideración las causales 2a. y 5a. del artículo 363 del Código Penal . . ., "acogió exactamente el veredicto del Jurado, calcado éste sobre el auto de proceder".

Y si bien, como se dijo, el actor no propone

un nuevo cargo, el señor Agente del Ministerio Público lo examina y dice al respecto:

"Olvidó el señor apoderado que tanto el Juez Superior como el Tribunal Superior, hicieron el análisis de los veredictos, aceptando las pruebas que demostraban la participación de Nazario Calvo de la Hoz, enunciadas en . . ." el auto de proceder . . ., y que "el veredicto absolutorio tiene bases procesales: la confesión de Desposorio Durán".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde señalar lo siguiente, en cuanto a las tachas propuestas a la sentencia recurrida, en el orden de las causales de casación invocadas:

Primero: CAUSAL CUARTA.

En el juzgamiento del recurrente Nazario Calvo de la Hoz no se desconoció su derecho de defensa. Contó este procesado, en todo momento, con la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía, y, los defectos de técnica en la elaboración de un cuestionario único, que comprenda el hecho y las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica, corresponde ser anotados dentro de una crítica a la reforma que la Ley 4a. de 1943 (art. 28) introdujo al precepto del Código de Procedimiento Penal (art. 498), que se ocupaba de esta materia, pero nó como un cargo contra las sentencias de los jueces de derecho, por supuesta nulidad constitucional, pues el juicio debe someterse al trámite que señala la ley.

La norma derogada disponía que se planteara al Jurado, en cuestionarios distintos, lo atinente al cuerpo del delito, lo relacionado con los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad y lo pertinente a las circunstancias que influyan en la determinación de la sanción. Ahora, de acuerdo con el citado artículo 28 de la Ley 4a. de 1943, todas estas cuestiones deben ser materia de una sóla pregunta a los jueces de hecho, en cuanto a cada imputación delictuosa, pues "cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquellos, como se si tratase de acusados distintos", (art. 502 del C. de P. P.).

Al recurrente Nazario Calvo de la Hoz se le hizo el cargo de homicidio, dentro de las circunstancias de los ordinales 2o. y 5o. del artículo 363 del Código Penal, por "cooperación o auxilio sin los cuales el deceso..." de Marino Sánchez Ayala... "no se hubiese producido", cumplido "con el propósito de matar". Así se desprende del cuestionario propuesto a los jueces de hecho y del auto de proceder, si bien en éste se habla de "auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito".

La pregunta hecha al Jurado se acomoda, pues, al precepto contenido en el artículo 28 de la Ley 4a. de 1943 y, por tanto, no se contrariaron, por este aspecto, las formas propias del juicio.

La Sala, en sentencia de 5 de noviembre de 1947 (G. J. t. LXIII, p.830) y de 24 de agosto de 1951 (G. J. t. LXX, p.184), dijo:

"No es exacto que al jurado haya de formularse un cuestionario con preguntas separadas para cada una de las circunstancias constitutivas o modificadoras de la responsabilidad. Al contrario, la ley ordena que se haga una sola pregunta, en la cual se incluyan los hechos con las circunstancias peculiares en que se crea se hayan realizado, salvo las previstas en el art. 29 del C. de P. P. (Ley 4a. de 1943, art.28). Lo que pasa es que es distinto formular una pregunta clara y precisa que no se preste a confusiones para los jueces populares, y otra hacer una pregunta con varios términos idénticos u opuestos que no permitan contestar con nitidez sobre lo que se interroga o que dejan dudas sobre el sentido de la respuesta".

Ahora bien:

Con la salvedad de haberse interrogado a los jueces de hecho, en cuanto al sindicado Nazario Calvo de la Hoz, sobre una "cooperación o auxilio sin los cuales su deceso..." (la muerte de Marino Sánchez Ayala)... "no se hubiese producido", en vez de referirla al "hecho", como reza el artículo 19 del Código Penal, el cuestionario no contiene términos contrarios, ni resulta complejamente elaborado, ni presenta sugerencias extrañas al debate.

No prospera, en consecuencia, la causal cuarta de casación invocada.

Segundo: CAUSAL TERCERA.

En el auto de proceder, (fs. 777 y 778), dice el Juzgado 3o. Superior del Socorro:

"Para hacer claro el criterio que antecede es preciso hacer un somero estudio del artículo 19 del Código Penal. Este artículo trazó tres categorías de participantes, a los que sometió a una pena equivalente: a), el que tome parte en la ejecución del hecho; b), el que preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito, y, por último, c), el que determine a otro a cometerlo... La última categoría se refiere exclusivamente a quien crea la fuerza moral del delito..."

"¿Qué es la fuerza moral del delito?"

Es el designio criminoso. Se necesita, por lo tanto, que haya adhesión de entendimiento y de voluntad a tal designio y que una vez concebido el designio criminoso, éste se manifieste en forma extensa, inequívoca y activa, para dar impulso a la acción delictuosa así querida.

"De este tipo es la participación moral de Nazario Calvo, Desposorio Durán y Gonzalo Vides, los que —así sea en diverso grado— dieron impulso en forma externa, inequívoca y activa a la acción delictuosa consistente en el homicidio del doctor Marino Sánchez Ayala. El enlace o conexión entre la actividad moral de aquellos y la acción física criminoso, se encuentra en el hecho de que uno de los que concurren a la citada reunión, José Rufino Bernal Prieto (a) 'El Zorro', 'Curubo' o 'Curubín', tomó parte en la ejecución del hecho criminoso.

"De esta manera la participación de Nazario Calvo, Desposorio Durán y Gonzalo Vides queda encuadrada en la fórmula adoptada por el artículo 19 del Código Penal, que tipificó como particularmente delictiva la conducta de quien preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito".

Así, pues, al recurrente NAZARIO CALVO DE LA HOZ se le hizo el cargo de copartícipe en el delito de homicidio de que se ha hecho referencia, en el alcance de la responsabilidad

prevista en el artículo 19 del Código Penal, que dice:

“El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse; quedará sometido a la sanción establecida para el delito.

“En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo”.

Y sobre este cargo, como se dejó dicho, se interrogó a los jueces de hecho, quienes respondieron: “Sí cooperó”.

Pues bien:

Ni el Juzgado 3o. Superior del Socorro, ni el Tribunal Superior de San Gil, encontraron este veredicto contrario a la evidencia de los hechos y, en consecuencia, no hallaron fundamento para hacer la declaración de que tratan, respectivamente, los artículos 537 y 554 del C. de P. P., cuestión ésta reservada a las instancias y extraña, por tanto, al recurso de casación.

Pero, como lo señala el demandante y lo acepta el señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, ¿la sentencia acusada está en desacuerdo con la respuesta de los jueces de hecho? Al entenderse por el juzgador en derecho que el veredicto del Jurado colocó a Nazario Calvo de la Hoz dentro de una complicidad necesaria, ¿se hizo una interpretación extensiva del fallo del Tribunal popular? .

Al respecto, se tiene lo siguiente:

1).— Dispone el artículo 29 de la Ley 4a. de 1943 que “los jueces deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un *sí* o un *no* pero si juzgare que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente a la contestación”.

En el veredicto del Jurado que juzgó a Nazario Calvo de la Hoz, se agregó a la expresión afirmativa *sí*, la palabra *cooperó*, con lo cual los jueces de hecho aludieron a una complicidad *nó* necesaria, obviamente referida a la resolución criminal de quienes perpetraron el delito de homicidio en la persona del doctor Sánchez Ayala, como que se imputó a aquel procesado una participación exclusivamente intelectual.

2).— El declarante Florencio Téllez Bohórquez —cuyo testimonio es la prueba fundamental en el cargo hecho al recurrente

CALVO DE LA HOZ—, dice lo siguiente, transcrito en el fallo de primera instancia:

“PREGUNTADO: Qué dijo Nazario

Calvo en esa reunión? CONTESTO: El era el que hacía como cabecilla en esa reunión y dijo que si la gente no iba por las buenas se echaría por las malas; que la gente que fuera se iba a distribuir, un grupo atacando un puesto del Ejército, el resto del personal se ~~andaba~~ para lo que (sic) la patrulla saliera con el doctor Sánchez a dar vuelta, por allá entonces unos les hacían fuego al puesto y los otros le daban plomo a la comisión que iba acompañando al doctor Marino Sánchez. Que ese ataque lo harían lo más pronto que pudieran si no les arreglaba la situación para poder ellos trabajar. Que matando al doctor Sánchez se acabaría eso allá y ellos se quedarían ahí aún que les tocara coger el monte para que el Gobierno los mantuviera.—

PREGUNTADO: Qué dijo Desposorio Durán en esa reunión? CONTESTO:

Que cogerían el dinero para comprar el parque, que se recogerían unos dos mil pesos para pagar al tipo que matara al doctor Sánchez o para los gastos que tenían que hacer si ellos mismos lo hacían. Dijo que aquí en Barranca era más fácil porque no perjudicaban la vereda, que como el doctor lo pasaba por ahí en un café donde más se amañaba él, que contratando un carro, de dentro del carro le disparaban y lo mataban y después el chofer tenía que seguir aunque fuera a la brava y que quién se iba a dar cuenta, y que había muchos tipos aquí en Barranca que por mil pesos hacían ese trabajo y que entonces ellos no quedarían cooperados, pero que si les tocaba a ellos mismos hacer ese trabajo lo harían aunque les costara la vida, pero que ellos no se dejaban joder en esa forma, que las armas las recogían en la vereda y lo mismo la gente.—

PREGUNTADO: Dijo alguna persona en esa reunión que si no les otorgaba la escritura a favor de Gonzalo Vides y Desposorio Durán, atentarían contra la vida del doctor Sánchez y que haría el ataque pasando este domingo, lo más pronto posible, que pudieran reunir el personal ellos? CONTESTO: Sí señor, sí lo dijeron y el que dijo eso fue Nazario

Calvo, pero no recuerdo si en ese momento estaba presente Desposorio o ya se había ido.— PREGUNTADO: Dijo en esa reunión Desposorio Durán que se iba a ver con Gonzalo Vides para organizar cómo iban a matar al doctor Marino Sánchez? CONTESTO: El sábado por la noche fue cuando Desposorio dijo eso”.— PREGUNTADO: Ese lunes, día de agosto, en las horas de la tarde, estuvo Nazario Calvo reunido con algunas personas tratando sobre el ataque al puesto militar de Pulpapel?— CONTESTO: Sí estuvo en la estación de ‘La Vizcaína’, no conozco los tipos con quienes estuvo conversando, porque era la primera vez que los veía, pero yo estaba sentado en la mesa que arrastra la gasolina o sea donde llevan el personal de trabajadores, cuando él salió y se puso a conversar con esos tipos y manotaba referente a lo que iba a hacer, porque él arriba en la casa de Eloy Moreno se vino para abajo a avisarles a la otra gente y ver que organizaban y entonces uno de los que estaban conversando con él dijo ‘eso hay que hacerlo y colaborar todos los de la región, aunque hay unos tipos que dicen que no vamos porque el doctor nada nos ha hecho, nos ha servido y entonces por eso nosotros no vamos. . .’” (fs. 345 y 345 v.).

Y en diligencia de careo de este declarante con el procesado CALVO DE LA HOZ, afirmó éste que “todo éso que él dice es mentira. Yo si estuve en la casa de don Eloy, ese día, yo no lo niego, pero no me demoré ni cinco minutos, ni yo tenía escopeta”.

Con apoyo en esa declaración de Téllez Bohórquez se anota, en la misma sentencia, que “contra Nazario Calvo de la Hoz corre prueba de haber planeado en concierto con Desposorio Durán la muerte del Dr. Sánchez Ayala. Por su parte, contra Desposorio Durán y Gonzalo Vides Cano, existe caudal probatorio suficiente de haber participado ambos en forma activa en la elaboración del plan que concluyó con la violenta muerte del Dr. Marino Sánchez Ayala”.

Luego se agrega: “Configúrase de la misma manera y en contra de Nazario Calvo de la Hoz, Desposorio Durán y Gonzalo Vides, el indicio causal que en la técnica de FRAMARINO toma el nombre de ‘capacidad

moral para delinquir por impulso particular hacia el delito’, constata como está en la investigación la existencia de un móvil lo suficientemente fuerte y reflexivo’ para impulsar a cada uno de los sindicatos no solamente al delito, sino a ‘concertar’ previamente el delito. Quedó, en efecto, demostrado como los comunes intereses de los tres sindicatos fueron irreconciliables con los fementidos o reales intereses de ‘Pulpapel’, a la sazón representada por el doctor Sánchez Ayala. . .”.

Ahora bien:

Salvo el hecho de que José Rufino Bernal Prieto, condenado como autor material del delito investigado, concurrió a la reunión ocurrida en la casa de Eloy Moreno, según lo afirma el testigo Mario Moreno (f. 118 v.), ninguna otra prueba indica que aquel procesado y Nazario Calvo de la Hoz hubiesen estado juntos en parte distinta y mucho menos que hubieran tenido conversación alguna con respecto al homicidio de que fué víctima el mencionado doctor Sánchez Ayala.

No tiene, pues, apoyo en la realidad del proceso la interpretación extensiva del veredicto hecho en las instancias, al considerar a CALVO DE LA HOZ como cómplice necesario. De ninguna prueba se deduce que este sindicato hubiese determinado a Bernal Prieto, ni a persona alguna, a cometer el hecho averiguado. Antes bien, resulta, según se dice en la sentencia de primera instancia, que Bernal Prieto tiene “cultivos en compañía de don Eloy” (p. 58 del fallo), lo que indica que por sus propios intereses también enfrentados a los de la compañía “Pulpapel S.A.” pudo tomar, por sí mismo, la resolución criminal.

En sentencia de 12 de diciembre de 1950 (G. J. t. LXVIII, p. 809), dijo esta Sala:

“La instigación puede considerarse de dos modos en nuestra ley: como delito *per se* o infracción específica, que se llama ‘instigación para delinquir’; y como modo intelectual, o sea, como participación de voluntad en cualquier delito, pero sin concurso de acción material, siempre que sea determinante de la acción del instigado. . . En la segunda, es necesario que la acción material se realice o manifieste, siquiera con el principio de ejecución material, para que el hecho sea punible (arts. 15 a 17), y que la acción intelectual del uno

sea determinante de la acción material del ejecutor, esto es (art. 19) que sin la influencia del instigador no hubiera realizado su ilícito”.

3).— Cuando el delito es obra de varias personas, se tiene, como es conocido, el concurso de delincuentes, o, mejor, la coparticipación criminal.

La doctrina tradicional señala dos formas de coparticipación: la primaria y la secundaria. Aquélla, cuando se refiere al concurso físico, toma el nombre de coautoría, siendo de orden síquico si se trata del determinador, incitador criminal. La participación secundaria corresponde a lo denominado en la doctrina complicidad. En cuanto a esta última, la legislación penal colombiana distingue la complicidad necesaria y la no necesaria, señalando para aquella la misma pena prevista para el delito, y una represión menor para ésta. Pero es más técnico prescindir de llamar autor al partícipe exclusivamente intelectual que determina al ejecutor a realizar el hecho, pues su comportamiento corresponde mejor a la del cómplice necesario. A este respecto, el tratadista FRANCISCO ANTOLISEI (“Manual de derecho penal”, Editorial “Utethea”, Buenos Aires, 1960, p. 399), dice:

“A nuestro entender . . . —exclusivamente a los fines de distinguir entre autor y participante— se hace necesario considerar de forma separada las acciones de los diversos concurrentes. No debe decirse que es autor quien realiza la acción típica, sino que es preciso decir que es autor quien practica una acción que, considerada en sí misma, es conforme a la descrita en el modelo abstracto de delito. En consecuencia, es partícipe el individuo que realiza una acción que por sí sola no realiza el tipo penal. Así, es partícipe y no autor, por ejemplo, el mandante de un homicidio, ya que su acción, considerada independientemente de la sucesiva del mandatario, no corresponde a la figura del delito”.

Y esa participación exclusivamente intelectual constituye una complicidad no necesaria cuando, de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal colombiano, se coopera a la ejecución del hecho de modo distinto a lo previsto en el artículo 19 de la misma obra, vale decir, cuando la conducta del agente no

es la que, dentro de una relación de causa a efecto, determina al ejecutor a cometer el delito.

Únicamente cuando la acción intelectual del uno sea determinante de la acción material del ejecutor (art. 19) se tiene la complicidad necesaria de aquél. Esto es, cuando se pueda asegurar que excluida la conducta del partícipe intelectual, el ejecutor no hubiera realizado el hecho.

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ dice que “es esencial, para diferenciar mejor estas dos modalidades . . .” (se refiere a las de la complicidad no necesaria) . . . “de las del artículo 19, que el delito haya podido ejecutarse aún sin que los partícipes secundarios cumplieran efectivamente su actividad colaboracionista. Esta actividad fue la que los clásicos distinguieron como auxilio en la resolución, en la preparación, en la ejecución y en el ocultamiento del delito, es decir, la que realizan los autores” (“Derecho penal colombiano”, Editorial “Temis”, Bogotá, 1959, t.—IV, p. 370).

Se requiere, por tanto, para que se tenga la participación intelectual necesaria (art. 19 del C. P.), que se pueda predicar de la conducta del cómplice que élla ha sido causa eficiente del delito, el haber impuesto su ejecución. O, de otro modo, que haya hecho surgir en el autor material del reato el propósito criminal.

Si la actividad del partícipe intelectual apenas dió lugar a que se reforzara en el ejecutor el propósito delictivo, no pueda hablarse de *determinador* (art. 19 de la obra citada), sino de cómplice no necesario en la resolución criminal.

Para este último caso, dispone el artículo 20 del Código Penal:

“El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad”.

Así, pues, prospera la causal tercera de casación invocada por el demandante.

Tercero: CAUSAL PRIMERA.

En cuanto al cargo propuesto por el actor a través de la causal primera del artículo 567 del C. de P. P., relacionado con la aplicación indebida por el juez de derecho de los

ordinales 2o. y 5o. del artículo 363 del Código Penal, la Sala prohija la réplica del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, la que ya se dejó transcrita.

No prospera, por tanto, este cargo.

En cambio, encuentra la Sala que en la sentencia acusada, como dice el demandante, se aplicó indebidamente el artículo 19 del Código Penal, dado que, como se desprende de lo señalado al examinar el motivo de casación señalado en el artículo 3o. del artículo 567 del C. de P. P., la sanción aplicable a CALVO DE LA HOZ es la que resulta de lo que preceptúan los artículos 362, 363 (ordinales 2o. y 5o.), 20 y 39 de aquélla obra.

De acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 528 de 1964, es del caso CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, a fin de imponer a Nazario Calvo de la Hoz la pena de siete (7) años y nueve (9) meses de presidio y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por este mismo lapso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL— administrando justicia en nombre

de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1o. delegado en lo Penal, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de que se ha hecho mérito, a fin de IMPONER al procesado recurrente, NAZARIO CALVO DE LA HOZ, las penas de siete (7) años y nueve (9) meses de presidio y de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, en lugar de las de presidio e interdicción de derechos y funciones públicas por quince (15) años y seis (6) meses, que le habían sido señaladas.

En lo demás rige la sentencia acusada.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Amadeo Rey., *Secretario Encargado.*

CUANDO HAY LUGAR A NULIDAD CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS PENALES POR QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA.— EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO NO ES PERTINENTE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

1.— *En los procesos penales sólo es posible hablar de nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, cuando al reo se le ha quebrantado de manera radical o absoluta, durante el juicio, el derecho de defensa, porque siendo esa la etapa en que —según la expresión de Florián— “se resuelven todas las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso”, entraña la oportunidad procesal creada por la ley para que el acusado se defienda de los cargos que le formularon en el auto de proceder.*

Importa recordar además lo que sobre el tema aquí suscitado ha dicho también la Corte: “Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Sólomente en los casos previstos en los artículos 198 y 199, que enumeran las causas de nulidad, puede ella ser declarada y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República”.

2.— *Como lo ha expuesto esta Sala en la más reiterada de sus doctrinas, en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal 2a. de casación, no sólo porque el Tribunal popular es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, sino porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de que el veredicto es contraevidente, lo que no ha sido consagrado como motivo de casación.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, catorce de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado **ROBERTO CALDAS MURIEL** contra la sentencia del once (11) de junio de mil

novecientos sesenta y cuatro (1964), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga lo condenó a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, con características de asesinato, agotado en la persona del doctor Francisco Henao Londoño.

ANTECEDENTES:

a)→ Cuando en la mañana del sábado ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete el doctor Francisco Henao Londoño se dedicaba a ordeñar personalmente una vaca en su finca rural denominada “La Cabaña”, ubicada en el paraje de “Culebras”, jurisdicción del Municipio de Trujillo, fué muerto de varios disparos hechos con arma de fuego (carabina) por dos sujetos, en ese momento desconocidos, que una media hora antes habían llegado a la hacienda preguntando por su propietario. Conforme a la necropsopía, el doctor Henao recibió los diparos mortales en la espalda. Con fundamento en el relato de la testigo presencial, expresa sobre el particular la sentencia acusada: “Cuando los forasteros vieron llegar a la ramada de ordeño al Dr. Henao, quien arreaba la vaca en cuya búsqueda estaba, se dirigieron hacia él cuando ya se encontraba dedicado al ordeño del mencionado semoviente. Uno de ellos, distrajo la atención del Dr. Henao Londoño conversando con él, mientras que el otro, quien portaba una carabina, se hizo detrás para dispararle con ella por dos veces consecutivas, en forma alevé y traicionera. Consumado el asesinato, los victimarios manifestaron sus deseos de hacer otro tanto con la testigo Grisales de Morales, pero ésta pudo evitarlo emprendiendo fuga precipitada por unos cafetales, buscando en ellos refugio,

hasta cuando los asesinos abandonaran la casa, no sin antes registrarla y sustraer de ella varios objetos de valor, como un radio y una carabina de propiedad de su víctima”.

b)— Adelantada y perfeccionada en lo posible la investigación, mediante auto del 23 de enero de 1958, proferido por el Juez Tercero Superior de Buga, fueron llamados a responder en juicio, por tales hechos, entendidos en la modalidad de asesinato, los procesados José Israel Henao Montoya y Roberto Caldas Muriel, providencia que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó, sin modificación alguna, en la suya del 14 de mayo siguiente. (fs. 95 a 102 y 117 a 122, Cd. 1o.).

c)— Las cuestiones formuladas al Jurado con ocasión de la audiencia pública, respecto de la responsabilidad penal de Henao Montoya y Caldas Muriel, se ciñen a los cargos deducidos en el auto de proceder. Y la respuesta del Juri fué, en ambos casos: “Sí es responsable”. (f. 183, Cd. 1o.).

d)— Con apoyo en ese veredicto, el Juez de la causa dictó el fallo de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, en el cual se condenó a José Israel Henao Montoya y a Roberto Caldas Muriel... “a la pena principal de DIEZ Y OCHO (18) AÑOS DE PRESIDIO, como autores del delito de homicidio asesinato cometido en perjuicio de la persona de Francisco Henao Londoño”; decisión de primer grado que el Tribunal Superior de Buga reformó en su ya citada sentencia del once de junio de 1964, reduciendo a quince (15) años la pena principal impuesta a los referidos reos. (fs. 192 a 197 y 222 a 239, Cd. 1o.).

LA DEMANDA:

Se ajusta, en su forma, a las exigencias legales. Contiene el libelo un resumen de los hechos ventilados en el juicio y una serie de apuntamientos sobre la actuación procesal. A continuación se indican las causales aducidas y se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una de ellas, citándose las normas sustanciales que el recurrente considera infringidas.

La acusación se plantea a través de las causales de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal contempla en sus numerales 4o. y 1o., expresando claramente el actor que esta última se aduce como consecuencia de la anterior

CAUSAL CUARTA.

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Dos son los cargos que al amparo de esta causal y en capítulo innecesariamente extenso y prolijo formula el demandante a la sentencia recurrida. Sin embargo, aquéllos pueden resumirse así:

a).— En este proceso se quebrantó el derecho de defensa del procesado Roberto Caldas Muriel, por cuanto “no se le nombró apoderado que lo asistiera en la etapa investigativa, . . . factor que determinó su condena”. En consecuencia, el fallo impugnado infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional; o dicho de otra manera: Se está aquí en presencia de una nulidad sustancial, porque en la etapa del sumario se le conculcó al procesado el derecho de defensa, garantizado por el citado artículo de la Carta.

b).— La sentencia acusada es también violatoria del artículo 203 del C. de P. P., porque se fundó en algunas pruebas que no fueron legalmente producidas. Tales informalidades —agrega el actor— “tienen incidencia sobre los derechos y garantías procesales consagrados en el Art. 26 de la Constitución Nacional, razón por la cual el juicio es completamente nulo”.

El cargo se sustenta con el argumento de que siendo el testimonio de la señora Deyanira Grisales de Morales la prueba capital para condenar a Caldas Muriel, ha debido practicarse un careo entre aquélla y éste, conforme al artículo 376 del C. de P. P. —Pero no se hizo así. Ello le impidió al reo mencionado “desvirtuar la prueba de acriminación derivada del testimonio acusador”. Y añade el demandante:

“Los testigos Jesús María Morales, Rafael Antonio Quintero y Campo Elías Urbano Alvarez, cuyos testimonios aparecen a folios 30, 31 y 32 respectivamente, en forma unánime le imputan a Roberto Caldas Muriel el hecho de haber sido visto por los alrededores de la finca del doctor Henao Londoño el día 1o. de junio de 1957, cuya presencia fue advertida por unos perros habiendo salido los presuntos sindicados de una especie de zanjón. Dichos deponentes afirman que la filiación de tales sujetos

corresponde a la de los procesados Roberto Caldas Muriel y José Israel Henao. El careo con estos tres testigos hubiera sido indispensable para llegar a la certeza legal tan indispensable para el Juez de derecho 'cuando de rodillas ante Dios y por aproximación administra justicia'. Siendo los careos, anteriormente mencionados, factor indispensable para el correcto ejercicio de los medios defensivos del procesado, su omisión constituye un desconocimiento de las garantías procesales de las cuales está investido todo sindicado".

CAUSAL PRIMERA.

Textualmente la sustenta así el actor: "Al prosperar los cargos formulados a la sentencia recurrida con fundamento en la causal cuarta de casación, la nulidad del juicio conlleva en forma necesaria el desquiciamiento de los soportes jurídicos tenidos en cuenta por el H. Tribunal Superior, lo que implica que las normas tomadas en cuenta por el H. Tribunal sentenciador resultan indebidamente aplicadas, las que en el caso de Roberto Caldas Muriel no son otras que el artículo 363 del C. Penal en concordancia con el 362 de la misma obra".

En armonía con los planteamientos anteriores, el impugnador pide a la Corte que invalide el fallo recurrido y "declare la nulidad del proceso a fin de que se reponga el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 570 del C. de P.P."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal examina detenidamente la acusación y presenta, a su vez, las razones por las cuales considera que aquella no está llamada a prosperar. Concluye expresando que si bien en el sumario se presentaron algunas irregularidades, en el juicio tuvo el procesado Caldas Muriel plenitud de garantías para su defensa. "No prosperando la causal 4a, —agrega— es obvio que la causal primera invocada como subsidiaria tampoco pueda darse por demostrada". Consecuente con tal criterio, pide a la Sala que deseche el recurso propuesto, dando aplicación al artículo 569 del C. de P.P.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1).— Como acertadamente lo recuerda el

Procurador, esta Corporación ha expresado en numerosas oportunidades que en los procesos penales sólo es posible hablar de nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, cuando al reo se le ha quebrantado de manera radical o absoluta, durante el juicio, el derecho de defensa, porque siendo esa la etapa en que —según la expresión de Florián— "se resuelven todas las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso", entraña la oportunidad procesal creada por la ley para que el acusado se defienda de los cargos que se le formularon en el auto de proceder.

Importa recordar además lo que sobre el tema aquí suscitado ha dicho también la Corte: "Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos previstos en los artículos 198 y 199, que enumeran las causas de nulidad, puede ella ser declarada y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República".

2).— Todas las irregularidades a que alude la demanda tuvieron lugar dentro del ámbito del sumario. Así lo observa igualmente la Procuraduría Delegada y lo reconoce el actor cuando afirma: "La sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental y de la Constitución Nacional por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad con motivo del desconocimiento del derecho de defensa durante el término de la instrucción sumaria". En consecuencia, carece de validez la primera de las tachas propuestas con apoyo en la causal cuarta de casación. Y sea esta la oportunidad de expresar que cuando el Alcalde de Trujillo, funcionario que inició la investigación, llamó a Caldas Muriel a rendir declaración indagatoria, éste estuvo asistido de un "ciudadano honorable", lo que podía hacerse, conforme al artículo 5o. de la Ley 21 de 1931. (fs. 13 vto. a 16 vto., Cd. 1o).

3).— No menos impertinente es el segundo de los motivos de acusación aducido bajo el rubro de la causal que se estudia: El referente a la pretermisión de careos entre el procesado

Caldas Muriel y los testigos Deyanira Grisales de Morales, Jesús María Morales, Rafael Antonio Quintero y Campo Elías Urbano Alvarez. Se recordará que, conforme al artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, el ordenar o no la práctica de tales diligencias es cuestión sometida al prudente arbitrio del juez o del funcionario instructor.

Por lo demás, el referido cargo constituye, en el fondo, un pretexto para replantear ante la Corte, al amparo de la causal 4a., un debate probatorio sobre la responsabilidad penal del procesado, lo que sólo puede hacerse a través de la causal 2a del artículo 567 del C. de P.P., hoy involucrada en el primero de los numerales del artículo 56 del Decreto Extraordinario 528 de 1964. Pero ello es jurídicamente imposible en el presente caso, porque como lo ha expuesto esta Sala en la más reiterada de sus doctrinas, en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal 2a de casación, no sólo porque el tribunal popular es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, sino porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de que el veredicto es contraevidente, lo que no ha sido consagrado como motivo de casación.

4).— Lo dicho es suficiente para concluir que no prospera la causal cuarta estudiada.

Suerte adversa comunicable a la primera, invocada como consecuencia de aquélla.

DECISION:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *NO INVALIDA* la sentencia del once (11) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), mediante la cual el Tribunal Superior de Buga condenó a *Roberto Caldas Muriel* a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato.

Cópiese, nótifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Insértese en la "Gaceta Judicial".

Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.



DELITO DE FUGA DE PRESOS Y ROBO

Presunción de inocencia y presunción de veracidad de la confesión libre y espontánea.— Responsabilidad proveniente de coparticipación criminosa, en la ejecución de un delito.— Sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de los arts. 19 del C. P. y 2o. de la Ley 4a de 1943.— Dosificación de la pena imponible de acuerdo con el art. 36 del C. P. más las accesorias pertinentes.— Causal prevista en el ord. 2o. del art. 567 del C. de P.P.

1.— *La presunción de inocencia, presupuesto indefectible de toda investigación penal, significa que es al Estado a quien le corresponde demostrar que el sindicado es responsable del delito que se le atribuye, y que mientras esta prueba no se produzca, precisa ampararlo bajo aquella presunción que como dice Malatesta no es una presunción de bondad sino una presunción negativa de acciones y de omisiones criminosas, fundada en la experiencia del comportamiento humano y en la propia imposibilidad lógica en que se encuentra el inculpado de demostrar una negación indefinida como lo es la de no haber delinquido.*

2.— *La presunción de veracidad de la confesión libre y espontánea, implica su indivisibilidad, la necesidad de aceptarla in integrum, lo mismo en lo que perjudica que en lo que favorece a quien la hace, siempre y cuando que de otras pruebas no aparezca lo contrario y esté demostrado el cuerpo del delito. Este principio lo consagra el art. 255 del Código de Procedimiento Penal.*

3.— *La complicidad correlativa la circunscribe nuestra ley a los delitos de homicidio y lesiones personales (art. 385 del C. Penal), y es—como dicen los expositores—“una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe con exactitud, cuál de estas personas es el autor material”.*

No tratándose de ninguno de aquellos delitos, el evento de autos escapa a esa forma especialísima de coparticipación criminosa.

La responsabilidad que de esta última deriva “presupone necesariamente unidad de intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que, faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los copartícipes, no podría sostenerse en el campo

de una lógica jurídica que realmente se es responsable. La responsabilidad respecto del autor, autores o partícipes de un hecho delictuoso, es personal o individual...” (sent. 10 Agosto 1945, LIX, 494).—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veinte de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Entre los recurrentes, sólo los procesados OSCAR GALLEGOS RAMOS, ALFONSO CARTAGENA y JOSE ABEL MONTOYA GALLEGOS sustentaron por intermedio de su apoderado el doctor Carlos A. Lozano Agudelo, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de septiembre de 1963 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que confirmó la de 2 de octubre anterior del Juzgado Cuarto Superior del mismo distrito, por la cual se impuso a estos inculpados sendas penas principales de siete años de presidio como responsables de los delitos de fuga de presos y de robo.

Agotadas las formalidades previas a la decisión del recurso, se procede a proveer lo que sea del caso tanto en relación con los recurrentes que lo sustentaron como respecto de los que no lo hicieron.

ANTECEDENTES

La investigación —se dice en los Resultados de aquel fallo— la inició el Juez 34 de Instrucción Criminal, a raíz de la fuga

colectiva de presos ocurrida en la Penitenciaría Nacional de Ibagué en la madrugada del 24 de febrero de 1959, en momentos en los cuales los guardianes se dedicaban a despertar y hacer levantar a los "rancheros" para que iniciaran la preparación de las comidas del día, y cuando las puertas fueron abiertas para que salieran del patio número 2 y el Comandante de Guardia Luis Antonio Ospina daba instrucciones relacionadas con el servicio al Guardián Juan Cristancho Cárdenas. En esos momentos, un grupo de reclusos, más o menos de veinte, y pasados solamente unos dos o tres minutos de la salida de los "rancheros", se precipitó sobre Cristancho y Ospina, que tenían la puerta entreabierta, llevándolos a tierra, circunstancia que aprovecharon para llegar hasta la guardia donde desarmaron al centinela y luego de violentar las seguridades de la puerta principal, salieron a la calle seguidos por otros reclusos, hasta completar el número de 88, de los cuales, según constancias procesales, hasta la fecha de la sentencia recurrida fueron recapturados 28, se presentaron voluntariamente 2 y murieron 3. Consigno, se llevaron 30 fusiles de dotación oficial.

La actuación procesal tuvo —como lo expresa el Tribunal— el siguiente desarrollo:

Por auto de fecha 10 de marzo de 1959, se decretó la detención preventiva de 80 de los reclusos evadidos y de 4 de los guardianes, por el delito de fuga de presos, y por el de 3 de julio del mismo año, se decretó la de otros 3 reclusos por el mismo ilícito y se revocó la detención del guardián Jorge Orjuela Peñón, decretada en la providencia primeramente citada.

Posteriormente, como al proceso se le diera el trámite del Decreto 0012 de 1959, el Tribunal al conocer de él en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación, inclusive, en providencia de fecha 12 de junio de 1961.

Luego, el Juzgado 4o. Superior al avocar el conocimiento del negocio por auto de fecha 22 de agosto de 1961, en razón de la competencia que le dió el delito más grave que es el de robo en cuantía de \$24.000.00, valor en que fueron avaluados los fusiles, ordenó tramitarlo por el procedimiento señalado en el Decreto 0014 de 1955, hasta

dictar el correspondiente fallo que por apelación revisó el Tribunal profiriendo el recurrido.

En ellos se estima que es plena la prueba del cuerpo de aquellos delitos y que lo es también la de la responsabilidad de las personas a quienes se condena por uno u otro de ellos o por ambos.

Se considera además como autores a los protagonistas de la fuga, y ante la imposibilidad de individualizar a los autores del referido delito de robo, separada o conjuntamente se sanciona a todos los reclusos evadidos, por el meró hecho de haberse fugado, y sin otras probanzas que la presunción que sobre tal hecho se edifica, como cooperadores necesarios de aquel reato, aplicando extensivamente, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, la teoría de la complicidad correlativa.

LA DEMANDA

El actor aduce en primer lugar contra la sentencia recurrida la causal prevista en el ordinal 2o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y con base en ella la impugna por estos conceptos:

PRIMERO.— Porque se desconoció en ese fallo el valor probatorio que el artículo 255 del mismo código asigna a las confesiones de Oscar Gallego Ramos y José Abel Montoya Gallego, ya que habiendo negado éstos su participación en el delito de robo y no existiendo ninguna prueba que los incrimine en tal sentido, se le condenó como cooperadores necesarios de dicho ilícito.

SEGUNDO.— Porque en tal sentencia se le dió a la prueba un valor que no tiene, destruyendo la presunción de inocencia conque el derecho ampara a sus patrocinados, puesto que a falta de otros elementos de juicio, "por el hecho de la evasión, el juzgador concluye que ésta "se hallaba concertada y por lo mismo había acuerdo de voluntades" y deduce que también hubo el acuerdo en relación al robo". Agrega, que ésta es una deducción subjetiva sin base probatoria.

TERCERO.— Porque en el mismo fallo se les da a los hechos cometidos por sus poderdantes una fuerza de convicción que no tienen y se les niega la peculiar que les corresponde. Añade que tales hechos erróneamente interpretados, sirven en la sentencia para demostrar la existencia del

dolo como elemento constitutivo del delito de robo y vincular como cómplices de tal delito a sus representados, "por la sencilla razón de que ante sí y sin base probatoria, el Tribunal Superior acepta que hubo un previo acuerdo de voluntades en la ejecución del hecho, y niega el valor de sus confesiones y su negativa en haber participado en tal reato".

El Segundo cargo con que se impugna la referida sentencia, lo funda el demandante en la causal primera del artículo 567 del Código de P. Penal, por violación del artículo 19 del Código Penal y del 2o de la Ley 4a. de 1943.

Invoca esta causal como consecuencial de la anterior y expresa en relación con el citado artículo 19, que el Tribunal Superior de Ibagué al aplicarlo, esto es "al aceptar —dice— la coparticipación en el delito de robo sin la demostración de la intención por parte de mis mandantes de cometerlo, violó esta disposición sustantiva, pues como lo he repetido, y con base en la jurisprudencia y en la doctrina, no puede haber complicidad sin dolo, porque como quedó ampliamente demostrado al estudiar la causal segunda, es el acuerdo de voluntades lo que determina la complicidad en el delito, pues para que mis mandantes sean cómplices o copartícipes del robo, es necesario que se haya probado plenamente que obraron dolosamente, y no cualquier especie de dolo, sino de un dolo directo o sea de conocimiento de los actos que iban a realizar. . ."

"Entonces —concluye—, si hay necesidad de hacer tal referencia. . ., hay que llegar a la conclusión de que si fué mal aplicada la norma general, lógicamente fue también mal aplicada la disposición especial, en el caso concreto. . ., el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1943".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal comparte, al emitirlo, las razones del actor. Considera fundadas las causales de impugnación del fallo y pide que éste se invalide.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La presunción de inocencia, presupuesto indefectible de toda investigación penal, significa que es al Estado a quien le

corresponde demostrar que el sindicado es responsable del delito que se le atribuye, y que mientras esta prueba no se produzca, precisa ampararlo bajo aquella presunción que como dice Malatesta no es una presunción de bondad sino una presunción negativa de acciones y de omisiones criminosas, fundada en la experiencia del comportamiento humano y en la propia imposibilidad lógica en que se encuentra el inculpaado de demostrar una negación indefinida como lo es la de no haber delinquido.

2. La presunción de veracidad de la confesión libre y espontánea, implica su indivisibilidad, la necesidad de aceptarla in integrum, lo mismo en lo que perjudica que en lo que favorece a quien la hace, siempre y cuando que de otras pruebas no aparezca lo contrario y esté demostrado el cuerpo del delito. Este principio lo consagra el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

3. En el caso de autos los recurrentes Oscar Gallego Ramos y Abel Montoya Gallego confesaron el delito de fuga de presos. El primero lo hizo en estos términos:

"El día 24 de febrero de 1959, es decir, en la noche anterior a este día, sin poder precisar la hora, encontrándome en mi celda respectiva durmiendo, sentí unas detonaciones en medio de mi sueño; al rato de haber oído esas detonaciones, me levanté para salir al orinal y fué cuando ví las puertas abiertas o sean la que da del patio número 2, en el cual me encontraba, a la guardia y la que da salida a la calle; yo viendo que esas puertas estaban abiertas sin saber qué era lo que pasaba y no habiendo nadie por ahí, me salí hacia la calle y cogiendo hacia el centro de la ciudad me estuve por ahí hasta que amaneció; después, por ahí a las siete de la mañana cogí un camión con carga que iba para el corregimiento de Veracruz del Municipio de Anzoátegui; en Veracruz me bajé y seguí para mi casa y me puse a trabajar en la finca; allí en la finca me encontraron trabajando cuando me volvieron a capturar que fue el día 11 de febrero de 1961. . ."

En forma similar confiesa el mismo delito Montoya Gallego.

Ambos niegan que su fuga hubiera obedecido a un concierto previo y en relación con el delito de robo manifiestan al absolver

as preguntas que al respecto se les hicieron, que no tuvieron conocimiento de él ni supieron nada acerca del mismo.

Cabe agregar que el procesado Alfonso Cartagena al ser en su injurada interrogado sobre los hechos, contestaba a tales preguntas diciendo: "No recuerdo", para expresar a la postre lo siguiente: "Hago constar que no puedo rendir indagatoria porque me encuentro en malas condiciones de la cabeza".

4. La investigación, por otra parte, no suministra contra estos procesados ningún elemento de prueba que los comprometa en la comisión del delito de robo.

Este déficit probatorio se reconoce así por el juzgador de instancia:

"La sustracción de los treinta (30) fusiles merece el calificativo de robo por haberse realizado bajo el influjo de violencias morales y físicas que los evadidos ejercieron en el acto de la fuga . . .

"Y como no se pudo establecer concretamente cuáles de los evadidos realizaron ese ilícito ya que ninguno de los indagados se responsabilizó del robo ni responsabilizó a sus compañeros, ni el proceso presenta datos eficaces para individualizar la responsabilidad a este respecto, es necesario convenir en que la infracción de los autores conlleva la figura jurídica de la coautoría, definida por el artículo 19 del Código Penal, ya que en el caso de autos no es pertinente la complicidad correlativa de que trata el artículo 385 ibidem por no tratarse ni del delito de homicidio ni del de lesiones personales . . ."

El Tribunal a su vez enjuicia esta misma cuestión así:

"Y ésta la causa, precisamente para que a todos, sin excepción alguna, se les deba condenar por el delito de robo que, como está visto, se consumó en el acto mismo de la evasión colectiva, que debido a los numerosos presos que se fugaron, no es posible la individualización de la responsabilidad, pero se sabe que nadie más que ellos fueron los autores de esa actividad criminal.

"La Ley, previendo estos casos, fijó normas especiales para sancionarlos: la relativa a la coparticipación (art. 19 C. P.), y, por eso, como aquí ocurre, no

interesa saber entonces, cuales de los reclusos se apoderaron de los fusiles y quiénes no, porque está evidenciado que todos se evadieron en forma colectiva y que esa circunstancia fue aprovechada por ellos para apoderarse de las armas como medio de facilitar la fuga y, por ello, del robo resultan ser tan responsables éstos como aquéllos".

5. La complicidad correlativa la circunscribe nuestra ley a los delitos de homicidio y lesiones personales (art. 385 del C. Penal), y es —como dicen los expositores— "una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe, con exactitud, cuál de estas personas es el autor material".

No tratándose de ninguno de aquellos delitos, el evento de autos escapa a esa forma especialísima de coparticipación criminosa.

La responsabilidad que de esta última deriva "presupone necesariamente unidad de intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que, faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los coparticipes, no podría sostenerse en el campo de una lógica jurídica que realmente se es responsable. La responsabilidad respecto del autor, autores o partícipes de un hecho delictuoso, es personal o individual . . ." (Sent. 10 agosto 1945, LIX, 494).

No es, pues, posible, conforme a lo expuesto, configurar la coparticipación criminosa como lo hace el Tribunal, sin la prueba específica de los actos que revelan aquella intención y de la que señala a las personas que ejecutan los hechos que tienden a realizarla. Sin esa prueba y esta determinación individual, es inconcebible jurídicamente la coparticipación criminosa.

6. En el caso de autos y en relación con los recurrentes, esa prueba brilla por su ausencia. Tanto en la sentencia de primer grado como en la del Tribunal; se reconoce este hecho.

7. Con razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se expresa en estos términos:

"Podrá aceptarse la doctrina del señor Juez 4o. Superior de Ibagué y del Tribunal Superior "a—quo" de que como

todos se evadieron, todos, sin excepción, deben responder como copartícipes del robo de los fusiles, sin un somero análisis de las pruebas, máxime cuando no se determinó la existencia de un plan de fuga, ni menos aún, con las excepciones anotadas (referentes a los reclusos Villarraga, Alfonso Mur Cetina y Ricardo Pedraza), qué reclusos se llevaron los fusiles?

“Honestamente creo que no, por cuanto la coparticipación en el delito de que trata el artículo 19 del C.P. requiere que se demuestre respecto de cada copartícipe el elemento moral, la voluntad de cooperar en el delito de robo, en el caso sub-judice, o, al menos, el conocimiento de que se iban a apoderar de los fusiles y un elemento físico en que consiste precisamente la cooperación criminosa.

“La doctrina del H. Tribunal Superior de Ibagué, podría servir precisamente para investigar dentro de esos 88 detenidos, quiénes se llevaron los fusiles, y, cuando más, para dictar auto de detención con base en el indicio de la OPORTUNIDAD PARA DELINQUIR, el cual se puede predicar de todos los evadidos, porque todos tuvieron esa oportunidad al pasar por la guardia. Pero, este indicio es insuficiente para condenarlos a todos, SIN EXCEPCION, como lo hizo el Tribunal Superior de Ibagué.

“Ahora, si Oscar Gallego Ramos, Alfonso Cartagena y Jaime Montoya, confiesan haberse fugado, aprovechando la ausencia de los guardianes, la apertura de las puertas, en no haber cerrojo alguno sobre sus respectivas celdas y niegan tener conocimiento alguno del robo de los fusiles, si los guardianes guardan silencio al respecto, si todos los indagatoriados, guardan igual silencio, cómo, entonces, declarar plenamente comprobado, que cada uno de estos procesados, tuvo conocimiento antelado del robo de los fusiles, y voluntariamente prestó su colaboración para ello, cuando únicamente querían su libertad?

“Y ante la imposibilidad procesal de afirmar la colaboración en el delito de robo de los fusiles, por ausencia total de prueba, me veo en la incapacidad

absoluta de defender la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, al respecto, y precisado a aceptar las razones alegadas por el señor apoderado recurrente en su alegato.

“Por consiguiente, hay que admitir que el Tribunal Superior de Ibagué al condenar por el delito de robo a Oscar Gallego Ramos, Alfonso Cartagena y a Jaime Montoya Gallego, interpretó erróneamente la prueba existente en el proceso, dándole a una presunción de “homine” el carácter de plena prueba, que la ley y la ciencia procesal le niegan, por lo cual debe prosperar la causal de casación alegada”.

8. Prosperando élla, por fuerza se justifica la consecuencial, ya que al no configurarse la coparticipación de los recurrentes en la ejecución del delito de robo, la sentencia recurrida resulta respecto de ellos violatoria de la ley penal por indebida aplicación de los artículos 19 del Código Penal y 2o. de la Ley 4a. de 1943.

9. Por consiguiente, se casará parcialmente el fallo recurrido, y para dictar el que debe reemplazarlo se considera:

La nulidad de dicho fallo no incide en el delito de fuga de presos, sino únicamente en el de robo por el que serán absueltos los recurrentes.

Precisa, entonces, roto el concurso material de los ilícitos que se les atribuyera, determinar la sanción a que se hicieron acreedores por el de fuga, lo que implica la violación por parte de cada uno de ellos del artículo 1o. del Decreto 236 de 1957, que subrogó el artículo 203 del Código Penal y que en su inciso 1o. conmina una pena de ocho meses a dos años de prisión cuyo mínimo elevó al doble el artículo 1o. del Decreto 2184 de 1951, pena ésta que es la aplicable, ya que cuando los recurrentes se fugaron se encontraban en detención preventiva como aparece de las respectivas constancias procesales (fls. 48 y 107 del 2o. cuaderno y 82 del 5o.).

Esa sanción, en vista de la gravedad del ilícito a la que se refiere el juzgador de instancia, relievándola “no sólo por el número de los evadidos sino por el escándalo y la alarma que produjo el hecho”, se dosificará, de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal en veinte meses de prisión, más las accesorias pertinentes (artículos 58 y 54 del

Código Penal). Se dará aplicación también al artículo 92 ibidem.

Se observa finalmente, que la Sala no se referirá a la libertad de los recurrentes por cuanto encontrándose por otros delitos detenidos cuando se fugaron, se ignora si también lo han sido en razón de los hechos a que se contrae este proceso y caso de haberlo estado, desde cuándo.

Conviene advertir además, que los defensores de los procesados Ernesto Gómez, José Gaudencio Gómez y Saúl Guarnizo, así como los inculpados Jaime Mora Otavo, Atanasio Liévano, Julio Cuellar Mendieta y sus respectivos apoderados, y los inculpados Saúl Alarcón Peralta, Avelino Ascencio Gutiérrez, Severo Apache Culma, Ricardo Pedraza Galindo, Juan María López, Damián Díaz y Teodoro Vergara o José María Aranda, interpusieron oportunamente el recurso de casación contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que se admitió por auto de 19 de mayo de 1964.

Empero, ese recurso no fue sustentado por ninguno de dichos recurrentes dentro de la oportunidad legal que tuvieron para ello, motivo por el cual habrá de declararse desierto, por no haberse hecho así antes.

Huelga decir que, en lo que a ellos concierne, el premencionado fallo queda en firme.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.— INVALIDAR la sentencia recurrecida en cuanto por ella se condena por el delito de robo a los procesados Oscar Gallego Ramos, Alfonso Cartagena y Abel Montoya Gallego y, en su lugar, absolverlos por ese delito.

SEGUNDO.— CONDENAR a cada uno de ellos por el delito de fuga de presos a la pena principal de veinte meses de prisión y a las accesorias siguientes: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; suspensión de la patria potestad si la tuvieren, durante el tiempo de la condena; publicación especial de la sentencia y, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

TERCERO.— DECLARAR DESIERTO el recurso respecto de los recurrentes que no lo sustentaron y que ya fueron nombrados, y a quienes por tal razón, se les condena en costas.

Devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., *Secretario.*

DELITOS CONEXOS "DE HOMICIDIO (PERFECTO E IMPERFECTO), LESIONES PERSONALES, ROBO Y VIOLACION DE DOMICILIO".

Presunta violación de la norma procesal contenida en el art. 357 del C. de P. P.— Infundada acusación respecto a que el Tribunal ad quem hubiera declarado la contraevidencia de veredictos rendidos en la causa y ordenado suspender la decisión de los demás veredictos.

Cabe observar que en el supuesto de que un veredicto sea contrario a la evidencia de los hechos procesales, es un tema extraño a este recurso por cuanto la ley no lo ha erigido como causal de casación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veintidos de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 23 de junio de 1965, por medio de la cual aquella corporación confirmó en todas sus partes el fallo de 16 de febrero del mismo año dictado por el Juzgado Segundo Superior de la indicada ciudad, fallo que condenó a EVÉLIO HENAO MARROQUIN, MIGUEL MARTINEZ MUÑOZ, MANUEL RESTREPO, GUILLERMO O JOSE GRANARIO CUARTAS LOPEZ, EGINARDO ARBOLEDA AMAYA y PEDRO JULIO GONZALEZ CASTRO, como responsables de los delitos conexos "de Homicidio (perfecto e imperfecto), Lesiones Personales, Robo y Violación de domicilio", cometidos en detrimento de Pedro Antonio, Bernarda y Fabiola Marín, y José Darío Sánchez, a la pena principal de diez y ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes. Guillermo o José Granario Cuartas López sustentó el recurso por medio de apoderado que formuló la correspondiente demanda de casación.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL.

El Tribunal Superior de Pereira narra así los hechos que dieron origen a esta investigación:

"Aproximadamente a las 7 de la noche del 29 de diciembre del año de 1958, un grupo de fascinosos portando armas de fuego, llegó a la casa de la finca 'El Amparo' de propiedad del señor Bernardo Trujillo, ubicada en el paraje de La Aurora, jurisdicción del Municipio de Balbóa y se dió a la tarea de disparar sobre sus desprevénidos moradores. Ante la confusión creada los varones abandonaron el lugar y sólomente quedaron resistiendo valerosamente el ataque la señorita Fabiola Marín y su señora madre Bernarda. Esta, con un cuchillo que encontró en la cocina, dió cuenta del bandolero de nombre Primitivo Hernández, quien al sentirse herido de muerte lanzó un grito lastimero. La señorita Fabiola Marín fué objeto de la arremetida de los maleantes pero con una pequeña navaja se defendió. Al ver muerto a su compinche los asaltantes dispararon nuevamente y, al no sentir señales de peligro penetraron a los aposentos y se apoderaron de varios objetos entre ellos un radio, un tocadiscos, una escopeta de fisto, sombreros y unos pantalones. Cuando terminó la acción vandálica los aterrados campesinos se dedicaron a inspeccionar el lugar y hallaron el cadáver del anciano Pedro Antonio Marín, a dos cuadras de la casa y dentro de un cafetal, el cual presentaba heridas causadas con arma de fuego...".

Cumplidas las diligencias del sumario, el Juzgado Segundo Superior de Pereira calificó el mérito de la investigación y llamó a responder en juicio, con intesvención de

Jurado, en calidad de coautores, a los ya nombrados Guillermo o José Granario Cuartas López y otros, por los delitos de homicidio, homicidio imperfecto, lesiones personales, robo y violación de domicilio. Los homicidios fueron elevados a la categoría de asesinato por haber ocurrido en su ejecución las circunstancias agravantes de los ordinales 2o., 3o. y 5o. del artículo 363 del C. Penal.

Conforme a esa calificación se les propusieron a los jueces de conciencia las siguientes cuestiones, que eran comunes para el recurrente Cuartas López y demás procesados:

“CUESTION TERCERA.— El acusado GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS LOPEZ, de naturaleza y condiciones civiles anotadas en el juicio, es responsable —si o no— del delito de homicidio consistente en haber dado muerte, con intención de matar y como coautor, al señor Pedro Antonio Marín, por medio de heridas causadas con arma de fuego que le ocasionaron el deceso casi inmediatamente, hecho acontecido en la finca denominada El Amparo, jurisdicción del Municipio de Balbóa (Cds.) el veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, más o menos a las siete y media de la noche, habiendo obrado el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; para preparar, facilitar o consumir otro delito y con circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la asechanza y la alevosía?

“CUESTION DECIMA.— El acusado GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS L., de naturaleza y condiciones civiles conocidas en el proceso, es responsable —si o no— del delito de homicidio, como coautor, consistente en haber dado principio a su ejecución, con intención de matar y en perjuicio de la señora BERNARDA MARIN BETANCUR, por medio de heridas causadas con arma de fuego, no habiéndose consumado por circunstancias ajenas de su voluntad, hecho que tuvo lugar en la finca denominada El Amparo, jurisdicción del Municipio de Balbóa (Cds.), aproximadamente a las siete y media de

la noche del veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, habiendo obrado el procesado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; para preparar, facilitar o consumir otro delito y con circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la asechanza y la alevosía?

“CUESTION DECIMASEPTIMA.— El acusado GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS LOPEZ, de naturaleza y condiciones civiles de terminadas en el proceso, es responsable —si o no— del delito de homicidio, como coautor, consistente en haber dado comienzo a su ejecución, con propósito de matar y en detrimento del señor JOSE DARIO SANCHEZ, mediante heridas causadas con arma de fuego, no habiéndose consumado por causas ajenas de la voluntad de aquél, hecho sucedido aproximadamente a las siete y media de la noche del veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en la finca denominada El Amparo jurisdicción del Municipio de Balbóa (Cds.), habiendo obrado el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; para preparar, facilitar o consumir otro delito y con circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la asechanza y la alevosía?

“CUESTION VIGESIMASEXTA.— El acusado GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS L., de naturaleza y condiciones civiles conocidas en el expediente, es responsable —si o no— del delito de ‘Lesiones Personales’ consistente en las que con arma cortante (peinilla) le fueron ocasionadas como coautor, a la señorita FABIOLA MARIN, hecho que tuvo lugar aproximadamente a las siete y media de la noche del veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en la finca denominada El Amparo, jurisdicción del Municipio de Balbóa (Cds.)?

“CUESTION TRIGESIMATERCERA.— El acusado GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS, de naturaleza y condiciones civiles determinadas en el proceso, es responsable —sí o no— del delito de ‘Robo’ como coautor, consistente en haberse apoderado, mediante violencia, de varios objetos le propiedad de la señora BERNARDA MARIN BETANCUR y el señor BERNARDO TRUJILLO, hecho ocurrido más o menos a las siete y media de la noche del veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en la finca denominada El Amparo, jurisdicción del Municipio de Balboa (Cds.)?”

“CUESTION CUADRAGESIMA.— El acusado GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS, de naturaleza y condiciones civiles determinadas en el expediente, es responsable —sí o no— del delito ‘Contra la Inviolabilidad del Domicilio’, como coautor, consistente en haberse introducido arbitrariamente, contra la voluntad de sus moradores, en la casa de la señora BERNARDA MARIN BETANCUR, hecho que tuvo lugar aproximadamente a las siete y media de la noche del veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en la finca denominada ‘El Amparo’, jurisdicción del Municipio de Balboa (Cds.)?”

Las respuestas del Jurado en relación con Guillermo o José Granario Cuartas López y otros procesados, fueron: “Sí de homicidio simple y en complicidad correlativa”, en cuanto al cometido en la persona de Pedro Antonio Marín; “Sí, en complicidad correlativa”, en lo atinente a los homicidios imperfectos en las personas de Bernarda Marín y José Darío Sánchez; “Sí, en complicidad correlativa”, respecto del delito de lesiones personales causadas a Fabiola Marín; y “Sí es responsable” en lo tocante a los delitos de robo y violación de domicilio.

En desarrollo de ese veredicto, el Juzgado Segundo Superior del ya nombrado Distrito resolvió condenar a los acusados, en sentencia de 11 de septiembre de 1963, a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, y a las accesorias correspondientes. El Tribunal, según providencia de 23 de enero de 1964, resolvió lo siguiente: “DECLARA contrarios a la evidencia de los hechos los

veredictos rendidos en esta causa y que hacen relación al delito de homicidio cometido en la persona del señor Pedro Antonio Marín y los homicidios imperfectos agotados en las personas de la señora Bernarda Marín y José Darío Sánchez. En relación con los otros veredictos se SUSPENDE la decisión de primera instancia hasta tanto se de cumplimiento a lo resuelto en este auto.— Como consecuencia de la declaratoria de contraevidencia de los veredictos anotados CONVOCASE a nuevo Jurado para que decida de conformidad con lo preceptuado en el artículo 537 del C. de P. P.”

En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, se celebró la segunda audiencia pública y sometidas a la consideración de los jueces de conciencia las cuestiones pertinentes, éstos, por unanimidad, respondieron: “Sí es responsable”.

Luego se produjo la sentencia de primer grado, de diez y seis de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, confirmada por el Tribunal Superior de Pereira en todas sus partes, ya citadas en la parte inicial del presente fallo.

LA DEMANDA.

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias de rigor legal y presentada a la Corte por el apoderado de Guillermo o José Granario Cuartas López, se relatan los hechos que dieron lugar a la investigación, se hace un recuento de las actividades procesales y se invoca, como causal de impugnación, la prevista en el ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto Legislativo No. 528 de 1964, señalando los fundamentos del caso.

CAUSAL CUARTA.

Con fundamento en este motivo de casación, que es el único invocado, alega el recurrente que la sentencia se ha proferido sobre un juicio viciado de nulidad, y al efecto formula estos dos cargos:

a) Guillermo o José Granario Cuartas no fue asistido en la indagatoria por apoderado, tal como lo ordena el artículo 357 del C. de P. P., por lo cual la persona que entonces le fué asignada “bajo un fuero distinto no estaba autorizada para ejercer dicho cargo” de apoderado. La violación de dicha norma procesal, también implica la del artículo 26 de

la Constitución Nacional.

b) "El H. Tribunal sin base probatoria declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto en mención y ordenó la convocatoria de un nuevo jurado con los resultados ya conocidos. — Considero que no es jurídico que el H. Tribunal hubiese declarado la contraevidencia a la vez que declaraba la suspensión sobre la decisión de los demás veredictos, pues siendo la causa indivisible por tratarse de un juicio fundamentado en pruebas indiciarias no daba lugar para que se hubiera adoptado dicho procedimiento que la ley no permite en estos casos. — Por tanto considero que esa providencia que lleva fecha de enero 23 de 1964, está viciada de nulidad y no hubo tal suspensión por cuanto en la segunda vista pública se propusieron a los jueces de hecho los mismos cuestionarios según constancias del mismo expediente, lo cual refuerza más las nulidades sobre las cuales está viciado el presente negocio".

TRASLADO A LA PROCURADURIA.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al rendir su concepto de fondo, estima que carecen de total fundamento los cargos formulados por el actor y que, en consecuencia, debe desecharse el recurso de casación interpuesto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

La presunta irregularidad que invoca el impugnador para sustentar y pedir la nulidad del juicio, irregularidad que en su sentir viola el artículo 26 de la Constitución, carece de todo fundamento puesto que a folios 422 y siguientes del cuaderno número 1, se encuentra la indagatoria rendida por Guillermo o José Granario Cuartas López y en dicha diligencia consta la exhortación que el funcionario de instrucción le hiciera para que designase un apoderado que lo asistiese, como también que, ante la negativa de nombrarlo, aquel funcionario procedió a designar a Jairo Peláez Trujillo, quien tomó posesión del cargo y juró cumplir los deberes que le incumben. En tal carácter firmó dicha diligencia. Posteriormente, al ser notificado Cuartas López del auto de proceder, designó como

defensor al doctor César Pineda Gutiérrez, quien fué reconocido como tal, tomó debida posesión del mismo y continuó representándolo y asistiéndolo durante el juicio (folios 102, 107 y s.s. del C. No. 5). Por lo tanto, debe desecharse el cargo por su clara inanidad.

El otro motivo de acusación, también basado en la causal 4a., es inadmisibles por las siguientes consideraciones: Resulta evidente que la providencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 23 de enero de 1964 —al declarar contraevidentes los veredictos rendidos en esta causa, relativos a los delitos de homicidio de que allí se da cuenta, y al aplazar la decisión del proceso respecto a los acusados de tales ilícitos mientras el nuevo jurado resolviera acerca de la responsabilidad de aquéllos— se ajusta a derecho por cuanto esa providencia aseguraba la unidad de la sentencia, como resultado lógico de la investigación de delitos conexos que debían fallarse en un mismo proceso (Art. 54 del C. de P. P.). De otra parte, una decisión en contrario de esas previsiones legales, como la pretendida por el recurrente, habría quebrantado los mandatos contenidos en los artículos 31 y 33 del C. Penal, porque, sin esa suspensión encaminada a mantener la unidad procesal y de juzgamiento de los acusados hace posible una acumulación mecánica y no jurídica de las penas, rechazada por esas disposiciones. Finalmente, cabe observar que el supuesto de que un veredicto sea contrario a la evidencia de los hechos procesales, es un tema extraño a este recurso por cuanto la ley no lo ha erigido como causal de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de junio de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y por medio de la cual condenó a GUILLERMO o JOSE GRANARIO CUARTAS LOPEZ, como responsable de los delitos conexos de homicidio (perfecto e imperfecto), lesiones personales, robo y violación de domicilio, cometidos en detrimento de Pedro Antonio Marín, Bernarda y Fabiola Marín, y José Darío Sánchez, a la pena principal de diez y ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo

Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIO DE LA RAMA JURISDICCIONAL EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.

El procesado violó el art. 231 del C. P. ordinal 4o. y el Decreto extraordinario 1858 de 1951, artículo 3o.— Aplicación del art. 33 del C. P.— La Corte declara prescrita la acción penal en relación con el delito de peculado, confirma las absoluciones respecto de delitos de "Falsedad en documentos" y "Abuso de Autoridad y otras infracciones" y lo condena como responsable de los restantes delitos de Falsedad en documentos por los cuales fue también llamado a juicio por el Tribunal Superior de Pereira.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Por apelación y consulta del fallo de once (11) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), originado en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por medio del cual se condenó a Jaime Ormaza Castrillón por varios delitos y se le absolvió por otros, conoce la Corte del presente negocio.

Le fueron impuestas al procesado la pena principal de ocho (8) años de presidio y las accesorias de rigor.

RESULTANDOS:

Primero:— Contra Ormaza Castrillón se abrió causa criminal, en diversos procesos, por cinco cargos, a saber:

a) — Por los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones y de falsedad en documentos, consistente el primero en que como Juez Primero Penal del Circuito de Pereira ordenó ilegalmente al Jefe de Servicio de Inteligencia Colombiano suspender la captura del procesado Jaime de Jesús Velásquez cuando éste se hallaba condenado en segunda instancia, suspensión que ordenó por medio del oficio No. 64 de 27 de abril de 1959, y el segundo, en que en su expresada

calidad, y en este oficio, afirmó falsamente la existencia de un auto proferido por él con fecha 16 de abril de 1959 en el cual se disponía la suspensión de la captura de Jaime Velásquez, pues dicho auto no existió en el proceso contra este señor por el delito de abuso de confianza.

b) — Por los mismos delitos, consistente el primero en haber puesto en libertad al detenido Pedro Pablo Sánchez sin que mediara ninguna providencia al respecto y el segundo en haber librado boleta de libertad en favor del mismo, faltando a la verdad en la narración de los hechos y habiendo suprimido el duplicado, copia o constancia de la misma, hechos ocurridos el 30 de enero de 1958 en Apía, cuando ejercía el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de dicho lugar.

c) — Por "Falsedad en documentos", por haber faltado a la verdad en la narración de los hechos en un oficio dirigido el dos (2) de junio de 1956 cuando desempeñaba las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de Apía.

En la misma providencia se declaró prescrita la acción penal por el delito de peculado, consistente en haberse apropiado, como resultado de aquella falsedad, de la suma de ciento cincuenta pesos (\$150.00), correspondientes a fondos depositados a la orden del Juzgado que desempeñaba el doctor Ormaza Castrillón.

d) — Por los delitos de Peculado y "de la falsedad en documentos públicos" (sic), consistente el primero en la apropiación indebida —el 14 de abril de 1956— de la suma de mil novecientos veinte pesos (\$1.920.00).

que se encontraban a su orden en la Caja Agraria de Santuario (Caldas) y que correspondían a un juicio de lanzamiento que estaba tramitando como Juez Promiscuo del Circuito de dicho Municipio, y el segundo por haber faltado a la verdad en la narración contenida en oficio suyo de once (11) de abril de 1956, dirigido a dicha Caja, y también por haber suprimido la copia o duplicado y haber alterado la numeración de dicho comprobante, y

e) — Por el delito de “Falsedad en Documentos” por haber faltado a la verdad en la narración al librar un oficio y transcribir un auto que no existía, para apropiarse en provecho propio y en perjuicio de Arnobio Lenis Gartner de la suma de dos mil seiscientos veinte pesos (\$2.620.00), hecho ocurrido en Santuario (Caldas) el día 4 de abril de 1956 cuando desempeñaba las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de dicha ciudad.

En el mismo auto se declaró prescrita la acción penal por el delito de “Peculado”, relativo a tal indebida apropiación de fondos manejados por él como tal Juez.

Segundo: — El Tribunal condenó al susodicho sindicado, en la sentencia citada al comienzo, por los cargos señalados en los literales a), d) y e) del resultando anterior, y lo absolvió por los referidos en los literales a) y b) de mismo, si bien al fijar la fecha de ocurrencia del último, en la sentencia, escribió “30 de abril de 1958”, en vez de “30 de enero de 1958”.

CONSIDERANDOS:

Primero: No habrá de confirmarse la condenación referente al Peculado (Resultando Primero, literal d).

Esta determinación, solicitada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se basa en que el delito —plenamente comprobado— se cometió el 14 de abril de 1956, día en que el doctor Ormazza recibió la suma referida, y, por tanto, cuando se ejecutorió el enjuiciamiento, en el mes de agosto de 1962 (fs. 83 vto), ya habían transcurrido más de los seis (6) años necesarios para la prescripción de la acción penal (arts. 105 del C. P. y Decreto 1858 de 1951).

Segundo: La primera condenación (ordinal c) del primer resultando) se basa en las siguientes razones:

Pedro Pablo Sánchez, según consta no sólo de su propia declaración (fs. 16, negocio 3o.), sino de las contancias que obran en el expediente que contra él cursó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (fs. 20, negocio 3o.) y del propio oficio falseado (fs. 10 ibidem), consignó en la Caja Agraria de ese Municipio, a órdenes de tal Juzgado, ciento cincuenta pesos (\$150.00) como caución para garantizar la libertad provisional que se le otorgó.

Cuando reclamó ese dinero en el Juzgado, “no resultó”, pues lo había reclamado, sin ser conocido ni tener su autorización, Gonzalo de Jesús Escobar, según lo comunicó la Caja, por orden de ese Juzgado contenida en el oficio No. 86 de junio de 1956 (fs. 2 ibidem), que precisamente la transcribe, como puede verse a fs. 10 del cuaderno que se viene citando.

Aparece en este documento que Gonzalo de Jesús Escobar, el mismo día, recibió la aludida suma.

Quién era este sujeto? — Demostrado está que se trataba de un preso en la Cárcel de Apía, que pagaba condena y a quien por su buena conducta se le dejaba salir a hacer mandados “a los presos y a otros menesteres”. Fué ese el comisionado que, recibido el dinero, lo entregó al Juez, no a la persona que, según el precitado oficio, lo había autorizado, ante el Juzgado, para retirar esos fondos. (fs. 21 id).

Se advierte en lo anterior la primera falsedad, que quedó corroborada por la inspección ocular (fs. 20 id), de la cual se desprende que no existió tal autorización, como lo afirmaron el propio perjudicado y el “mandadero”.

Pero es más:

Afirma el Oficio que el negocio (obviamente el del consignatario Pedro Pablo Sánchez) ha terminado totalmente y que se ordenó la devolución de la caución, dos falsedades ampliamente probadas (fs. 20), pues el negocio no había concluido, ya que permaneció en ampliación desde el 6 de junio de 1955 hasta el 12 de noviembre de 1957. en el Municipio de Viterbo, y, de otro lado, tampoco hay auto ni constancia alguna en el expediente por el cual se ordene el retiro de la consignación, ni podía haberlos en la fecha de la orden de entrega a la Caja Agraria, por la misma razón de la ausencia del proceso contra Sánchez, quien por cierto gozaba de libertad provisional desde marzo de 1955.

Lo llamado y demostrado ya indica que el autor de la falsedad analizada no podía ser otro que la persona que entregó el oficio al preso y recibió el fruto indebido de su maniobra; que conocía, como Juez, la existencia de ese depósito; que podía disponer de los sellos que se marcan en él y que acostumbraba, sin auxilio secretarial, escribir tales oficios.

De otro lado, la firma "J. Ormaza C." que aparece en el oficio después de la "aclaración" en tinta roja para precisar la cédula del preso Escobar, que es la misma cédula puesta en la constancia de recibo, está considerada en la peritación visible al f. 66 Cd. 3o., como correspondiente a la grafía de las vistas en la prueba fotográfica anexa para cotejo.

Prueba que completa la de autoría, no obstante lo siguiente, que se copia del concepto del señor Procurador:

"Según el dictamen grafológico practicado en el período probatorio de la segunda instancia, la firma "Jaime Ormaza C." que aparece al folio 10 de este cuaderno no tiene las características de los grafismos indubitados del doctor Ormaza Castrillón pero tampoco corresponde a los de los señores Angel María Granada y Alfredo Arias.

"Al conceptuar este Despacho sobre el primer asunto se ocupó del dictamen grafológico rendido por los señores Néstor Fraume y Gilberto Hidalgo y las críticas allí formuladas contra dicha pueba cobran vigencia en esta oportunidad. Al respecto cabe anotar que los peritos no se ocuparon de la firma "JAORMAZA C." sino de la que reza "JAIME ORMAZA C.", sin consignar en su dictamen explicación sobre el particular. En opinión de este Despacho los señores Fraume e Hidalgo no se pronunciaron sobre la primera firma porque ya el perito oficial doctor Alberto Posada Angel había estimado dicha firma auténtica, es decir, escrita por el doctor Jaime Ormaza, Juez Promiscuo del Circuito de Apía para el mes de junio de 1956.

"Si el perito oficial —cuya autoridad científica es indiscutible— atribuyó al doctor Ormaza la firma que aparece después de la nota aclaratoria, lógicamente la otra también corresponde a la misma persona. Otra interpretación

significaría la intervención de dos autores en este hecho, lo cual carece de todo respaldo procesal.

"El comentario anterior respalda la petición consignada por este Despacho en el primer asunto de rechazar el dictamen pericial de los señores Fraume e Hidalgo, por ser contrario a la evidencia procesal".

Y en la argumentación sobre "el primer asunto" (según el orden expositivo adoptado por el colaborador), había escrito:

"Como ya se destacó, el propio doctor Ormaza Castrillón admitió ser de su puño y letra la firma del folio 44 de este expediente; por tanto, carece de todo valor probatorio el dictamen pericial de última hora que estimó no corresponder al doctor Ormaza dicha firma, porque él mismo la reconoció en forma indudable en la diligencia de indagatoria de folios 57 y siguientes del expediente.

"El dictamen pericial que se acaba de mencionar carece de valor probatorio, por estos factores: *primero*, porque los señores Gilberto Hidalgo y Néstor Fraume designados como peritos grafólogos no se tiene noticia de que en realidad lo sean; *segundo*, porque los mismos peritos hacen notar: '...es muy importante advertir que en autos no existen muestras gráficas ni documentos indubitados del Dr. Ormaza, ni de quienes fueron sus colaboradores en las épocas de tales documentos y la técnica grafológica recomienda como condición que los grafismos que se tomen como indubitados sean coetáneos con el dudoso, o inmediatamente anteriores o posteriores...' y 'no estamos en presencia sino de un material indubitado, no producido en la misma época y proveniente del Dr. Ormaza, y solo tenemos una firma de don Alfredo Arias y un material dictado por el Juzgado hace quince (15) días al señor Angel María Granada, total que la base de nuestro estudio puede solo contraer con alguna intensidad al cotejo de las firmas del Dr. Ormaza y muy someramente a las del señor Arias y el señor Granada ...'; *tercero*, porque los mismos peritos ponen de presente que por ser la grafología una ciencia experimental 'está sujeta a errores propios de

interpretación, y en general a las fallas humanas por ignorancia o deficiencia científica como por las cualidades interpretativas...'; y *cuarto*, fundamentalmente, porque ningún comentario les mereció el hecho de que el acusado reconoció como propia la firma del Oficio en cuestión; por el contrario, calificaron dicha escritura de 'firma dubitada' (fl. 51) sin explicación o razón alguna".

En consecuencia, no tienen validez alguna los argumentos de la defensa para sustentar el peritazgo de los señores Gilberto Hidalgo y Néstor Fraume.

Tampoco la tienen los que hace en contra del que obra al f. 66, rendido por el doctor Alberto Posada Angel, a quien resulta osado negarle, como lo hace la defensa, sus calidades de experto en materias gráficas.

Sugerir, en fin, como lo pretende el defensor, que fueron los colaboradores del Juzgado los posibles autores de la falsedad, es algo que resulta plenamente contradicho con la sola circunstancia de ser el Juez la persona que mandó a reclamar el dinero y lo recibió de manos del ignorante preso que ni siquiera alcanzó a conocer el texto de las comunicaciones de las cuales fue portador.

Aún más: la repetición del procedimiento de que va a hablarse, aporta un indicio tan grave de esa autoría, dada la confesión de la firma de que se tratará, que la Corte no encuentra argumento valedero para revocar la sentencia en cuanto al punto que se deja analizado, y sí los suficientes para confirmarla.

Tercero: La segunda condenación también habrá de confirmarse en cuanto hace al delito de falsedad (ordinal d) del Primer Resultando).

El fallo de la Corte se basa en lo que sigue:

Aníbal Colorado, por encargo de Jesús Zapata H. depositó en la Caja de Crédito Agrario del Municipio de Santuario, a órdenes del Juzgado del Circuito de esa localidad, la suma de mil novecientos veinte pesos (\$1.920.00), según queda comprobado, no sólo con el dicho de Colorado (fs. 46 y s.s. del negocio 4o.) sino con lo que reza el oficio falseado (fs. 44 *ibídem*) y con lo atestiguado por Zapata (fs. 45).

Colorado se presentó al Juzgado a reclamar el dinero, y el Juez titular expresa que

"aparece la devolución de esa cantidad por medio de un oficio que no coincide con el que verdaderamente se libró a la Caja y que el dinero se le entregó al señor Francisco Arredondo Arredondo dizque por autorización legal del señor Colorado lo que fué totalmente desmentido por éste". (fs. 1 a 2).

Esto mismo certifica la Caja (fs. 42), añadiendo que el oficio ordenatorio fué el No. 31 de 11 de abril de 1956, documento que aparece, original, a fs. 43 y 44 del expediente. De todo lo cual resulta que el dinero lo entregó la Caja al prenombrado Arredondo, persona que estuvo en la cárcel del Circuito de Santuario desde el 6 de febrero de 1956 hasta el 3 de mayo de 1957.

Declara este testigo que un día, cuya fecha no recuerda, el doctor Ormazá le pidió que le llevara a la Caja Agraria de esa ciudad "una especie de carta y me dijo vaya a la Caja y me reclama ese dinero". Agrega que recibida la suma ya referida la entregó al doctor Ormazá en el Hotel Miramar; que este doctor le regaló diez pesos (fs. 5 y s.s.) y que "El fué solo a la Cárcel a que le hiciera el mandado".

De lo depuesto por Colorado y Zapata y de lo referido por Arredondo se infiere la primera falsedad contenida en el oficio No. 31 de 11 de abril de 1956, pues Colorado no autorizó a Arredondo para recibir el mencionado depósito, como se afirma en tal comunicación.

Además, el oficio, como lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, "se refiere a hechos inexistentes pues entre los señores Aníbal Colorado y Jesús Zapata no cursó ningún juicio, ni se dictó auto ordenando la devolución de la suma de dinero... De otra parte, se estableció que el Oficio No. 31 del 10 de abril de 1956, firmado por el Secretario del Juzgado señor Alfredo Arias, cuya copia auténtica se encontró en el archivo de esta Oficina, se refiere a la remisión de un expediente al Tribunal Superior de Pereira y en el libro de contabilidad de los depósitos del Juzgado, se hizo constar que dicho oficio —fechado el 6 de abril— se refería al retiro por parte de Aníbal Colorado de la suma de mil novecientos veinte pesos".

El Dr. Ormazá admitió ser de su puño y letra la firma del oficio referido (fs. 44 *ibídem*). Y ya se habló del ningún valor probatorio del peritazgo que pretende desconocer esta confesión.

- *Cuarto:* Para confirmar la tercera condenación (Resultando Primero, literal e), la Corte acoge la siguiente síntesis presentada por su colaborador Fiscal:

“El ciudadano José J. Ramírez consignó la suma de dos mil seiscientos veinte pesos en la Caja Agraria de Santuario el 17 de marzo de 1952 a órdenes del Juzgado del Circuito de esa ciudad como secuestre que fué de un bien inmueble perteneciente a la sucesión de la señora Filomena Gallego; dicha suma de dinero fue retirada por el señor Arturo Molina y entregada personalmente al doctor Jaime Ormaza, con base en el oficio No. 28 del 4 de abril de 1956; el oficio citado, según copia del archivo del Juzgado, corresponde a una actuación completamente diferente a la mencionada en la comunicación; los hechos relatados en el citado oficio son contrarios a la verdad porque el señor Ramírez no conoció a la señora Filomena Gallego ni tuvo juicio ejecutivo contra ella y tampoco autorizó a Arturo Molina para retirar la suma de dinero ya expresada y, por último, según certificación del doctor Adalberto Díaz, Juez Promiscuo del Circuito de Santuario, en el expediente relativo al juicio de sucesión de Filomena Gallego—protocolizado en la Notaría del Circuito de Santuario— aparecen explicados los pormenores del depósito efectuado.

“Los hechos relatados y comprobados corresponden exactamente a los delitos de falsedad en documento público y peculado, a que se refieren los artículos 231, numeral 4o. del Código Penal y 3o. del Decreto 1858 de 1951.

“Respecto de la primera forma delictiva se tiene: el doctor Ormaza Castrillón desempeñó el cargo de Juez del Circuito de Santuario entre el 1o. de febrero y el 12 de abril de 1956; la copia auténtica del oficio No. 28 del 4 de abril de 1956 expedida por la Caja Agraria de Santuario, indica que la citada comunicación estaba firmada por el doctor Ormaza Castrillón en la calidad anotada; los hechos relatados en el oficio tantas veces mencionado son contrarios a la verdad porque entre José J. Ramírez y

Filomena Gallego no existió juicio ejecutivo pues dicha señora falleció con anterioridad al mes de marzo de 1952, el señor Ramírez declaró no haberla conocido y Arturo Molina no fue autorizado por aquel para reclamar dicha suma de dinero; y, por último, es muy dicente el hecho que el oficio recibido por la Caja Agraria fuera distinto en su tenor al hallado en copia en el archivo del Juzgado.

“Es cierto que el original del documento en cuestión no obra en el proceso pero los elementos probatorios allegados al informativo indican, sin lugar a dudas: su existencia, la falsedad cometida y la autoría de este hecho...”

Quinto: La absolución por el cargo referido en el literal b) del Resultando Primero, la fundamentó así el Tribunal:

“El cargo que se le formula en éste proceso a Ormaza Castrillón consiste en que como Juez Promiscuo del Circuito de Apía libró boleta de libertad en favor del detenido por Lesiones Personales Pedro Pablo Sánchez, el cual según constancias procesales fué puesto en libertad en obediencia a dicha boleta, el 30 de enero de 1958, sin que existiera en el negocio auto alguno que ordenara dicha libertad.

“Aparecen plenamente demostrados en éste negocio los siguientes hechos:

“En marzo de 1955 Pedro Pablo Sánchez fue sobreseido temporalmente por el delito de “Las Lesiones Personales” por el Juez Promiscuo del Circuito de Apía Dr. Humberto Arango Jiménez.— Como consecuencia del sobreseimiento temporal fue puesto en libertad el sindicado Sánchez mediante caución por valor de \$150.00, quedando reabierto la investigación la cual fue enviada a las autoridades de Viterbo para cumplir una comisión.— El 29 de octubre de 1957 el Juzgado Promiscuo Municipal de Viterbo en forma inaudita dictó un 2o. auto de detención en contra del mismo Sánchez, haciendo efectiva la privación de libertad de éste.— Se enviaron nuevamente las diligencias con detenido al Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía el 13 de noviembre de 1957.— El señor Alfonso Betancurt, Juez encargado (ya que el titular doctor

Ormaza gozaba de una licencia por un accidente que había sufrido) libró boleta de encarcelación en contra del citado Pedro Pablo Sánchez.

“El 4 de diciembre del mismo año se declaró cerrada la investigación; auto que se le notificó legalmente al detenido Sánchez (Fl. 7 vto. de éste negocio).— El auto fue firmado, o al menos aparece, por el Dr. Ormaza Castrillón.

“El 19 de mayo Bernardo Salazar nombrado Juez Promiscuo del Circuito de Apía al recibir el Despacho dejó constancia de que el negocio contra Pedro Pablo Sánchez figuraba sin detenido, cuando no existía en el negocio auto que ordenara la libertad del preso.

“Como se dijo, al iniciarse la investigación se comprobó mediante diligencia de Inspección Ocular que Pedro Pablo Sánchez había sido puesto en libertad el 30 de enero de 1958 atendiendo un oficio sin fecha dirigido por el procesado Ormaza Castrillón al director de la Cárcel que decía: Sírvase poner en libertad al sindicado de Lesiones Personales Pablo Sánchez ya que en el día de hoy se resolvió su excarcelación con fianza. Servidor Jaime Ormaza C. Juez del Circuito.— Oficio que lleva el sello del Juzgado.

“Alegó el procesado en la Audiencia Pública que en la época en que ocurrieron los hechos que se le imputan se hallaba inhabilitado para escribir por cuanto había sufrido un accidente en virtud del cual tenía el brazo derecho enyesado.

“Es cierto que el Dr. Ormaza sufrió un accidente el 9 de octubre de 1957, motivo por el cual el Tribunal le concedió una licencia hasta por 60 días habiendo encargado al señor Secretario Bernardo Betancourth.

“Habiéndole dado el Tribunal una licencia por 60 días ya que no consta que ella se le hubiere ampliado, es de presumir que el Dr. Ormaza entró nuevamente a desempeñar el cargo antes del 4 de diciembre del mismo año, por cuanto a fl. 7 vto. aparece copia del auto por el cual se declara cerrada la investigación en el negocio contra Pedro Pablo Sánchez, auto que lleva su firma.

“Además el día en que fué puesto en libertad Pedro Pablo Sánchez (30 de enero de 1958) estaba ejerciendo el cargo según certificado de la Alcaldía visto a fol. 26 del negocio.

“Si bien es cierto que Pedro Pablo Sánchez fue detenido irregularmente por el Juez Municipal de Viterbo ya que se hallaba en libertad con fianza como resultado de un sobreseimiento temporal (caución que garantizaba precisamente su comparecencia al juicio si se le dictaba auto de proceder) la nueva libertad concedida aparentemente por el Dr. Ormaza Castrillón, sí entrañaba un delito que a juicio de la Sala no se investigó con el cuidado necesario ya que se omitieron pruebas de vital importancia que hoy hacen vacilar al Juzgador para proferir sentencia condenatoria.

“En verdad no se revisó si la boleta de libertad expedida, según se afirma por el doctor Ormaza Castrillón, presentaba enmendaduras, borrones etc. Porque bien pudo suceder que la irregularidad hubiese estado en la Dirección de la Cárcel ya que según la constancia dejada por el nuevo Juez que se enteró de la irregularidad (fl. 7 vto) Pedro Pablo Sánchez había salido desde el 18 de enero de 1958.

“No se recibió tampoco el testimonio de Alfonso Betancourth, secretario en ése entonces del Dr. Ormaza, ni se estableció cuándo entró a desempeñar nuevamente el cargo de Juez del Circuito de Apía el Dr. Ormaza.— Ni menos se acreditó que al entrar a ejercer el cargo el procesado Ormaza podía firmar en vista de la incapacidad que tenía.

“Tampoco obra la prueba grafológica de indiscutible importancia en éstos casos.

“En resumen la prueba que obra contra Ormaza Castrillón en éste negocio es la boleta de libertad librada en favor de Pedro Pablo Sánchez, boleta que aparece con la firma de aquel.— Mas al negar el procesado ese hecho, nos hallamos ante dos situaciones opuestas. No estando demostrado plenamente que la firma de la boleta de libertad sea la del procesado Ormaza, el caso se torna dudoso ante la negativa de éste y al tornarse dudoso deberá ser absuelto por

mandato de la ley (art. 204 del C. de P. P.).

“También pudo suceder que a pesar de ser la firma auténtica se hubiera variado el contenido del oficio, en ausencia de la prueba que se echó de menos y de la cual se hace mención en ésta providencia.

“Estima la Sala que pudo ocurrir también que ante el reclamo del detenido Sánchez, el Juez Ormaza Castrillón hubiera hecho las diligencias necesarias para enterarse de la situación en la cual se hallaba y haber dispuesto su libertad, que entre otras cosas la merecía y era jurídica la determinación del Juez. Por olvido o por fallas no se dejó constancia al respecto.

“En éstas condiciones no estando reunidos los requisitos del art. 203 del C. de P. P., la Sala absolverá al procesado Ormaza Castrillón de los cargos que por los delitos ‘Abuso de Autoridad y Falsedad en Documentos’, se le formularon en éste negocio”.

Por su parte el Procurador Delegado dice:

“La sentencia que se revisa absolvió al doctor Ormaza Castrillón en este asunto, por no existir la plena prueba para condenarlo pues la investigación no fue completa y dejó vacíos sobre aspectos de importancia relativos a la responsabilidad penal del acusado.

“Respecto de la excusa invocada por el Dr. Ormaza en el sentido de estar imposibilitado para firmar por el accidente ocurrido el 9 de octubre de 1957, en concepto del Tribunal Superior de Pereira y de este Despacho, no tuvo comprobación. La citada Corporación le concedió licencia para separarse del Juzgado de Apía por sesenta días ‘renunciables’ y no hay constancia de prórroga de la licencia. El doctor Ormaza se reintegró al cargo antes de cumplirse el término señalado pues al folio 7 vuelto del cuaderno correspondiente a este asunto aparece firmado, junto con su Secretario Alfonso Betancourt, el auto del 4 de diciembre de 1957 relativo al cierre de la investigación contra Pedro Pablo Sánchez. Además, el Alcalde de Apía certificó a folio 26 del mismo expediente sobre el ejercicio del cargo

por parte del doctor Ormaza Castrillón para el 30 de enero de 1958. Por consiguiente, no es cierto que estuviera imposibilitado físicamente para firmar en enero de 1958 pues desde el mes anterior se reintegró al Juzgado.

“De otra parte, se estableció plenamente la falta de fundamento legal, para disponer la excarcelación de Pedro Pablo Sánchez en el mes de enero de 1958 y tampoco se halló auto que, aún irregularmente, hubiera dispuesto la libertad del acusado.

“Las inspecciones oculares practicadas en el archivo de la cárcel de Apía constataron que la boleta de excarcelación a favor de Sánchez llevaba el número 4, no tenía fecha, aparecía firmada por el titular del despacho para esa época doctor Ormaza Castrillón y relataba hechos contrarios a la verdad”.

Y agrega:

“Los argumentos expuestos por el Juzgador de primera instancia en los apartes transcritos se rebaten de esta manera:

“La boleta de libertad expedida a favor de Pedro Pablo Sánchez no presentaba enmendaduras ni borrones pues de haberlos exhibido se habían hecho constar en las dos diligencias de inspección ocular practicadas. (fls. 32 y 56 vto. y certificación del fl. 58 vto.).

“No oculta este Despacho la información suministrada por el Director de la Cárcel de Apía respecto de la boleta de libertad expedida por el Juzgado del Circuito de Apía a favor de Sánchez Ospina, de llevar el número 14 y ser de fecha 30 de enero de 1958 (folio 8 vto.), que contrasta con lo establecido en las inspecciones oculares de folios 30 y 31. Pero igualmente, en esta diligencia aparece la explicación que sobre el particular dió aquel funcionario. De todas maneras el hecho evidente de la irregular libertad de Sánchez Ospina quedó comprobado en el proceso.

“El Tribunal de Pereira duda acerca de la capacidad física del doctor Ormaza para firmar cuando se reintegró al cargo de Juez del Circuito de Apía. Para este Despacho ese hecho es indiscutible pues el 4 de diciembre de 1957 firmó como Juez el auto de cierre de la investigación

en el sumario contra Sánchez Ospina y, se recuerda, la Alcaldía de Apía certificó que para el 30 de enero de 1958 el doctor Jaime Ormaza C. era titular del Juzgado mencionado.

“A pesar de que en el informativo no obra el original de la boleta de libertad en cuestión, en opinión de este Despacho tres hechos importantes aparecen demostrados: primero, el doctor Jaime Ormaza se reintegró al cargo de Juez del Circuito de Apía en los primeros días de diciembre de 1957 y desempeñaba el cargo para el 30 de enero del año siguiente; segundo, el libro respectivo de la cárcel de Apía enseñó que Pedro Pablo Sánchez fue dado de alta el 12 de noviembre de 1957 y de baja el 30 de enero de 1958 por orden del Juzgado del Circuito (fl. 56 vto.) y, tercero, el contenido de la boleta de libertad es contrario a la verdad porque no existía fundamento legal para excarcelar al detenido y porque no se dictó providencia judicial en ese sentido en el proceso, como allí se lee.

“Esta Procuraduría Delegada opina que, como en los cargos anteriores, en éste también se cometió el delito de falsedad en documento público por parte de un funcionario público en ejercicio de sus funciones y bajo la forma prevista en el ordinal 4o. del artículo 231 del Código Penal, faltar a la verdad en la narración de los hechos.

“Se recuerda que en este asunto el doctor Ormaza Castrillón fue llamado a juicio por el delito de abuso de autoridad contemplado en el artículo 171 del Código Penal, ‘ya que el doctor Jaime Ormaza Castrillón con ocasión de sus funciones de Juez Promiscuo de Apía y excediéndose en ellas, cometió un acto arbitrario contra la Administración Pública al dar libertad a un detenido sin llenar los requisitos legales’ (fl. 72).

“Opina este Despacho que el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 171 del Código Penal no tuvo ocurrencia por lo siguiente: en dicho ilícito es preciso distinguir el sujeto pasivo del delito —titular del bien jurídico tutelado— del objeto de la conducta —persona o cosa sobre la cual recae la acción del agente—. El primero

es el Estado interesado en el buen nombre y correcto funcionamiento de la administración pública y el segundo es la persona —natural o jurídica— o la cosa (propiedad) contra la cual opera el acto arbitrario o injusto. En el caso presente la persona objeto de la conducta lejos de sufrir un acto arbitrario o injusto obtuvo un beneficio pues recuperó la libertad por tanto el ilícito imputado al acusado en el auto de proceder no tuvo ocurrencia por faltar uno de sus elementos esenciales. Para este Despacho pudo haberse cometido mas bien el prevaricato pero como no se llamó a juicio por esta infracción penal, no es lícito en esta oportunidad procesal condenar por este delito.

“En definitiva, estima esta Procuraduría Delegada que respecto de este asunto debe revocarse la sentencia absolutoria y en su lugar condenar al acusado por el delito de falsedad documentaria y confirmar la providencia en lo demás”.

Ante esta divergencia de criterios, la Corte estima:

Bien es cierto que aparece demostrado lo que anota el colaborador Fiscal. Pero la mayoría de sus argumentos tienden a probar que se cometió el delito de falsedad, y uno solo —el de la presencia del doctor Ormaza en el Juzgado— acredita una oportunidad para delinquir.

Y ocurre que la firma de la boleta de libertad —desde luego contentiva de una falsedad— no fue examinada por peritos grafólogos, ni sobre si era o no su firma se hizo pregunta alguna al sindicado. Lo que equivale a decir que no se conoce, con certeza legal, el autor de la falsedad, pues de otro lado no existen indicios suficientemente graves para descartar una autoría distinta a la del doctor Ormaza. En consecuencia, habrá de confirmarse la absolución, no sin anotar que una defectuosa investigación sobre el particular será la causa de la impunidad de un delito cuya existencia es evidente.

Sexto: En relación con el cargo, de que trata el literal a) del primer Resultando, dice el Tribunal al comentarlos en el fallo que se revisa:

“Los cargos que se le formularon consistieron en que como Juez Primero Penal del Circuito de ésta ciudad, dirigio

un oficio al señor Jefe del SIC ordenando la suspensión de la captura que con anterioridad había librado contra el señor Jesús Velásquez, individuo condenado en 1a. y 2a. instancia por el delito del "ABUSO DE CONFIANZA".

"En el oficio se anuncia que la suspensión se había ordenado por auto de fecha abril 16 de 1959, por cuanto actualmente se adelanta ante la H. Corte Suprema de Justicia la REVISION del proceso. . . ."

"En síntesis, cuando el proceso por el delito de Abuso de confianza llegó al Juzgado Primero Penal del Circuito procedente del Tribunal Superior confirmando la sentencia condenatoria contra Jaime de Jesús Velásquez, el procesado Dr. Ormaza Castrillón como Juez del Conocimiento libró las correspondientes órdenes de captura.— Más en abril 27 del mismo año libró la contra—orden de captura alegando que por un auto del Juzgado así se había dispuesto en atención a que se adelantaba ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, el recurso de REVISION del proceso.

"Con el dictamen grafológico visto a fl. 50 del negocio respectivo y con la constancia de fl. 38 vto. se estableció que la firma del Dr. Jaime Ormaza Castrillón como Juez 1o. Penal del Circuito de ésta ciudad y el sello del Juzgado, si eran auténticos y que en el negocio sobre 'Abuso de Confianza' no se dictó el auto anunciado en el oficio que disponía la suspensión de la captura.

"En la diligencia de Audiencia Pública el procesado manifestó: '...Y aún teniendo como cierto que mi firma fuese la consignada igualmente en la contra—orden a que hemos venido haciendo referencia, no encuentro delito. . . porque si bien es cierto que a Velásquez se le había revocado la libertad concedida, no es menos cierto que el fallo no se hallaba ejecutoriado aún y por otra parte estaba sujeto en un todo de lo que el Superior dispusiera. . . .'. Fl. 68 del 2o. cuaderno.

"Encuentra la Sala que se halla plenamente demostrado que el Dr. Ormaza Castrillón obrando como Juez

1o. Penal del Circuito de ésta ciudad, si suscribió el oficio que motivó la investigación.— Para ello basta recurrir al dictamen grafológico el cual ha de aceptarse como demostrativo de aquella imputación, dada la claridad, precisión y firmeza que contiene el mismo.

"Además, obsérvase objetivamente la firma del procesado puesta en la diligencia de indagatoria (fl. 41 vto. del negocio) con la que aparece en la fotocopia (fl. 46) y se concluirá que se trata de la misma.

"Resta ahora analizar si el procesado por los hechos anotados, cometió los delitos por los cuales fue llamado a juicio, es decir, por Abuso de Autoridad y Falsedad en Documentos.

"Cuál la causa para que Jaime Ormaza Castrillón después de enviar una orden de captura contra el condenado Velásquez fechada en abril 6 de 1959, librara el oficio de fecha abril 27 del mismo año, ordenando la suspensión de dicha captura?— Lo dice el mismo oficio y lo reitera en la indagatoria: Porque se había interpuesto un recurso ante la Honorable Corte Suprema de Justicia.

"De acuerdo con el testimonio del Dr. José J. González, Magistrado del Tribunal Superior en esa época, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal se interpuso el recurso de casación, el cual al ser negado, se recurrió de hecho por la parte afectada.

"Puede entonces calificarse como 'Abuso de Autoridad esa contra—orden'? Implicaría un acto de omisión por haber dejado de ejecutar un acto a que legalmente estaba obligado? .

"Estima la Sala que en el caso de autos el Dr. Ormaza Castrillón no cometió el delito de 'Abuso de Autoridad'.— Siguiendo el desenvolvimiento que tuvo el negocio por el cual se le imputa ése delito, vemos cómo el procesado libró una orden de captura contra Velásquez en cumplimiento de la sentencia condenatoria que él había dictado; que al interponerse el recurso de apelación ante el Tribunal no se hizo efectiva la captura, habiéndosele notificado sí, la sentencia; que cuando regresó el negocio del Tribunal confirmando la sentencia el

Dr. Ormazza de inmediato expidió las órdenes de captura correspondientes, entre ellas la de fecha abril 6 de 1959; que cuando tuvo conocimiento que ante la H. Corte se había interpuesto un recurso, libró el oficio de fecha 27 de abril del mismo año, suspendiendo la orden de captura; y por último que, cuando se enteró que el recurso había sido negado expidió una orden nueva de captura la cual entregó a un Magistrado del mismo Tribunal Superior.

“No se ve entonces que el Dr. Ormazza hubiera tenido la dolosa intención de causarle un daño a la administración de Justicia. Conocidas sus explicaciones es fácil entender cómo el procesado le dió una errónea interpretación a los arts. 195 y 196 del C. de P. P.

“Funcionarios que interpretan disposiciones del Código sin malicia; sin conocimiento de que con ello causan un grave perjuicio a la administración, creyendo al contrario que puede ocasionarla a un particular si no atiende determinadas disposiciones que él considera de obligatorio cumplimiento por errónea interpretación, jamás pueden cometer el delito de “Abuso de Autoridad”.

“El acto de omisión tiene que estar dominado esencialmente por un notorio móvil de injusticia; que el funcionario tenga pleno conocimiento de que legalmente está obligado a obrar en determinada forma; más cuando estima que debe actuar en otro sentido, dándole errada interpretación a la norma, no puede imputársele delito alguno.

“El reo apreció equivocadamente las disposiciones del C. de P. P. (arts. 195 y 196) por cuanto ellas hacen referencia al ‘juicio’, al ‘proceso’ y se estaba ya frente a una sentencia, culminación del juicio y del proceso.

“Además bien pudo entender el Dr. Ormazza que la captura procede entre otras cosas como consecuencia de un fallo condenatorio, el cual según los arts. 188, 636 y 637 del C. de P. P., debe hallarse ejecutoriado.

“En éstas condiciones la Sala ABSOLVERA al procesado de los cargos que se le formularon por el delito de ‘Abuso de Autoridad’ en éste negocio.

“En cuanto al delito de La Falsedad en Documentos, por haber manifestado en el oficio que ordenaba la suspensión de la captura ‘que por auto del día 16 de los corrientes se dispuso’ cuando según consta en autos dicho auto no se profirió, a primera vista podría afirmarse la consumación del delito.

“Más no habiendo incurrido el procesado en el delito de ‘Abuso de Autoridad’ por haber librado ése oficio al SIC, ordenando la suspensión de una captura, cómo puede afirmarse que cometió el de la Falsedad.— Si el fin no lo considera la Sala delito, mal puede considerar el medio como tal.

“El haber dictado o no el auto en referencia en nada afectaba la administración de Justicia, ni menos la Fé Pública.— Error que bien pudo cometerse por apresuramiento, por olvido o por creencia de que en verdad dicho auto fue dictado.

“No puede considerarse como Falsedad en Documentos (ideológica) el hecho de manifestarle a un Jefe del SIC que se dictó o no determinado auto.— Esta manifestación sobraba para que aquella Entidad se abstuviera de capturar a Velásquez.

“Falsedad que se comete sin intención criminosa sin que ella cause perjuicio alguno, no puede constituir delito.— No es posible que por no haber dictado un auto, cuya manifestación entrañaba una contra-orden que el Juez estimaba jurídica y que la Sala no la considera como delito, se afirme que se incurrió en el ilícito de la Falsedad en Documentos”.

No comparte la Corte esta conclusión, como tampoco la que, para solicitar confirmación a este respecto, expresó el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Y para ello se funda en las siguientes razones:

El oficio dirigido por el Juez Primero Penal del Circuito y cuya fotocopia corre a fs. 42 del llamado “negocio No. 1”, afirma —el 27 de abril de 1959— “que por auto del día diez y seis de los corrientes se dispuso suspender hasta nueva orden la captura del señor Jaime de Jesús Velásquez Isaza, ya que actualmente se adelanta ante la H. Corte Suprema de Justicia la Revisión del proceso. . .”

Admítase que ante la Corte cursaba un

recurso de hecho tendiente a obtener que se concediera el recurso de casación, denegado por el Tribunal Superior de Pereira, y que el mencionar un recurso de Revisión fue un error del Juez. Es evidente, sin embargo, que no se había dictado ningún auto y que, por tanto, el oficio contiene una nítida falsedad intelectual, realizada, como pasa a demostrarse, por quien sabía que ese auto no había salido de sus manos, ni pensaba dictarlo, puesto que afirma que ya existía, y precisamente con fecha diez y seis (16) de abril de 1959.

Con el dictamen grafológico visible al folio 50 del negocio respectivo se establece que el autor de ese oficio fue el doctor Ormaza Castrillón. Además, era el Juez actuante, tenía la posibilidad de disponer del sello auténtico que le puso al oficio y se guardó bien de dejar copia de él, pues el oficio No. 64 —cuya copia quedó en el Juzgado— se refiere a otra cuestión; todo lo cual, además de la autoría, subraya la malicia del hecho.

Que el sindicato tuviera derecho o no para que se cancelara la orden de captura, es algo que no influye en la inexistencia del delito y la determinación de su responsable, porque si el Juez Ormaza tenía la convicción de que habló en la Audiencia Pública y a que alude el Tribunal en los apartes transcritos, no necesitaba recurrir a la invención de un auto ni a enviar un oficio ocultando la constancia que de él debe quedar en el despacho, sino que podía, con acierto o con error, pero de buena fé, dictarlo y hacerlo cumplir por las vías normales.

Además, como es obvio, no se trata aquí de apreciación equivocada de la Ley, sino de haberse afirmado la existencia de un proveído que nunca se profirió.

Se revocará, pues, la absolucón en cuanto a la falsedad.

Pero existió, también, el abuso de autoridad por el cual se llamó a juicio al sindicato?

La Corte se pronuncia por la tesis de la inexistencia de ese delito, por cuanto no se cometió acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad.

Finalmente, está probada a plenitud, en cada uno de los casos, la condición de Juez del inculcado y el ejercicio del cargo con cuya ocasión, y valiéndose de ella, cometió los delitos analizados en el curso de este fallo.

Al procesado se le condenó a la pena de

ocho años de presidio, con apoyo en el siguiente razonamiento:

“Al violar el procesado el art. 231 del C. P. ordinal 4o. y el decreto extraordinario 1858 de 1951 artículo 3o., la sanción que le corresponde es la siguiente:

“Como se ha presentado un concurso material de delitos se dará aplicación al art. 33 del C. P., imponiendo la pena del delito más grave, en éste caso la Falsedad en Documentos Públicos ya que el ilícito del Peculado por su cuantía trae como pena de dos a seis años de prisión, aumentada hasta en otro tanto.

“El art. 231 trae como sanción de tres a diez años de presidio, mínimo que fue elevado al doble por el decreto 2184 de 1951. En estas circunstancias la pena será de seis años de presidio aumentándola en dos años en consideración al art. 33 del C. P. En definitiva, la sanción que le corresponde pagar al procesado por los delitos de la Falsedad en Documentos y del Peculado es la de OCHO AÑOS DE PRESIDIO”.

Aunque habrá de revocarse una de las absoluciones por falsedad en documentos, la Corte estima que no debe variarse la pena impuesta en el fallo de primer grado, ya que no habrá condenación, como la hubo en la primera instancia, por un delito de Peculado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— oído el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,
RESUELVE:

Refórmase la sentencia dictada contra el doctor Jaime Ormaza Castrillón por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el once (11) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), la cual quedará así:

Primero: Declárase prescrita la acción penal en relación con el delito de Peculado por el cual fue llamado a juicio el doctor Jaime Ormaza Castrillón por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el catorce (14) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) y, consecuentemente, se ordena cesar contra él todo procedimiento por el

pre nombrado delito. (Negocio No. 4).

Segundo: Se confirma la absolución del doctor Jaime Ormaza Castrillón por el delito de "Abuso de Autoridad y otras infracciones" por el cual fue llamado a juicio, según auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira calendado el veintitrés (23) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961). (Negocio No. 1).

Tercero: Se confirma la absolución del doctor Jaime Ormaza Castrillón por los delitos de "Falsedad en Documentos" y "Abuso de Autoridad y otras infracciones" por los cuales fue residenciado en juicio a virtud de auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el treinta y uno (31) de enero de mil novecientos sesenta y dos (1962). (Negocio No. 2).

Cuarto: Se condena al doctor Jaime Ormaza Castrillón a la pena principal de ocho (8) años de presidio como responsable de los delitos de Falsedad en Documentos por los cuales fue llamado a juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira según autos del veinticuatro (24) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963), (negocio No. 3); del catorce (14) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) (negocio No. 4); del diez y siete (17) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963) (negocio No. 5), y del veintitrés (23) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961) (negocio

No. 1), hechos ocurridos, respectivamente, el dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en la ciudad de Apía; el once (11) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en la ciudad de Santuario (Caldas); el cuatro (4) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en Santuario (Caldas), y el veintisiete (27) de abril de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), en Pereira.

En consecuencia, se le condena, además, a pagar los daños y perjuicios causados por las susodichas infracciones y a las siguientes penas accesorias: a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la patria potestad y a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Publíquese la sentencia (art. 52 del C. P.)

Abónese al condenado la parte de pena que lleva en detención preventiva.

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

Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

PRESUNTO ERROR ACERCA DE LA DENOMINACION JURIDICA DEL HECHO IMPUTADO

Delito genérico de homicidio.— Invocación de la nulidad prevista en el ord. 8o. del art. 198 del C. de P. P.— Imprudencia de la causal 4a. en juicio en que interviene el Jurado.— Función de la causal 1a. alegada como principal.

Como es en el auto de proceder en el que se hace la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, el error acerca de su respectiva denominación jurídica incide sobre dicha providencia y puede consistir, principalmente —como lo ha dicho la Corte—, o en imputar en la parte resolutive de la misma un delito distinto al comprobado en el proceso, o en referir el delito a título o capítulo que no le corresponde.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Agotado el trámite preparatorio correspondiente, procede la Sala a desatar el recurso de casación interpuesto con poder suficiente por el doctor Hugo Flórez Espinosa como defensor del procesado SANTOS RUIZ BORDA contra la sentencia de 19 de agosto de 1965 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se confirmó la de 13 de noviembre anterior del Juzgado 9o. Superior del mismo distrito que condenó a su patrocinado como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de quince años de presidio, a las accesorias del caso y, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

ANTECEDENTES.

En tales fallos se reseña el hecho que dió origen a la investigación conforme se hizo en auto de 15 de enero de 1963 que consintieron

las partes y mediante el cual se llamó a responder en juicio por ese ilícito al inculpado, así:

“Refieren los autos que como a eso de las cuatro de la mañana del día 11 de agosto del año próximo pasado, los esposos Santos Ruiz Borda y Ana Elvia Cuestas de Ruiz, se encontraban acostados en su habitación situada en la carrera 5a. A Nro. 54—75 sur, cuando, en forma intempestiva, Ana Elvia fue lesionada por su esposo en la cabeza y en la cara, a consecuencia de lo cual fue trasladada inmediatamente al Hospital de la Hortúa y posteriormente fue internada en el Frenocomio de Mujeres, donde falleció tres meses después de haber sido lesionada”.

En el referido auto de proceder se relacionan las pruebas demostrativas del cuerpo del premencionado delito de homicidio, lo mismo que las relativas a la responsabilidad de Santos Ruiz Borda.

El cargo que específicamente se le hace, se formuló así en los “Considerandos” de la parte motiva de dicha providencia:

“3o.— Dado el vínculo de afinidad existente entre la víctima y el victimario, el delito de que se trata viene a situarse dentro de lo previsto por el artículo 363 del C. Penal (numeral 1o.). Y aunque no se ha allegado a los autos la correspondiente partida de origen civil, sin embargo, tal demostración surge del propio dicho de los protagonistas.

“4o.— En cuanto a la agravante contemplada en el numeral 6o. de la mencionada disposición, existe la demostración de que Ana Elvia Cuesta

de Ruiz fue lesionada por su esposo en momentos en que se encontraba al sueño, lo cual viene a colocarla en un completo estado de indefensión e inferioridad”.

No obstante, en el término probatorio de la causa no se trajo la preindicada prueba sobre el estado civil de los protagonistas del hecho, y con el mismo material probatorio que sirvió de fundamento al auto que calificó el mérito de la investigación, le correspondió al jurado pronunciarse sobre el caso sub-judice.

Conforme al cargo formulado en la citada providencia, se redactó así la cuestión que debía absolver el Tribunal popular:

“El acusado SANTOS RUIZ BORDA, es responsable, SI o NO, de haber dado muerte con proposito de matar a su legítima esposa señora ANA ELVIA CUESTA DE RUIZ, mediante herida causada con arma contundente, habiendo colocado a la víctima en estado de indefensión o inferioridad, hechos ocurridos como a eso de las cuatro de la mañana del día 11 de agosto de 1962, en la casa de habitación marcada con el número 54-75 Sur de la carrera 5a. A, de la ciudad de Bogotá, comprensión de este distrito judicial?”

Tras de oír a las partes, esto es, al señor Agente del Ministerio Público quien pidió que esa cuestión se contestara afirmativamente, y al señor defensor del inculpado quien solicitó que lo fuera en una de estas dos formas: “No es responsable por falta de pruebas” o “Sí es responsable pero con intención de herir”, el jurado la absolvió con un “Sí”.

Como los juzgadores de instancia no encontraran claramente contrario a la evidencia de los hechos ese veredicto, profirieron de acuerdo con él las prealudidas sentencias, imponiéndole al procesado la pena mínima que señala el artículo 363 del Código Penal.

DEMANDA Y RESPUESTA

El actor aduce contra el fallo del Tribunal las causales de casación previstas en los ordinales 1o. y 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala empero, invertirá el orden de su estudio, comoquiera que de prosperar la última, carecería de objeto la justipreciación de la primera.

Lo propio estima el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal quien además conceptúa que son improcedentes esos motivos de impugnación, y pide que se deseche la demanda.

CAUSAL CUARTA.

Con fundamento en ella se sostiene, primero, que en la sentencia recurrida se incurrió “en error relativo a la denominación jurídica de la infracción proveniente de haberse creído que los protagonistas eran casados entre sí y de que el uno había colocado al otro en circunstancias de indefensión, porque aquí se trata de un clásico homicidio preterintencional y no de homicidio simplemente voluntario...”.

El demandante señala como hechos indicativos de ese presunto error, la naturaleza de las heridas padecidas por la occisa, la ausencia de móvil del delito, el tiempo transcurrido entre el día en que aquella fuera lesionada y la fecha en que se produjo su muerte y el instrumento vulnerante.

Por este mismo concepto y como segundo motivo de impugnación de la sentencia, asevera que en ésta se incurrió también “en error relativo a la época en que se cometió el delito porque habiendo sido dictada el 19 de agosto de 1965, y habiendo ocurrido los hechos el 11 de agosto de 1962, dijo: “...a eso de las cuatro de la mañana del día 11 de agosto del año próximo pasado...” dando a entender que los hechos en cuestión habían sucedido en 1964. En este error se incurrió por haber sido copiada en esa sentencia, en lo pertinente, la del a—quo quien también se equivocó en este punto, porque esta última sentencia fue dictada en 1964 y el delito había sido cometido en 1962, de donde se deduce que los hechos no sucedieron “el día 11 de agosto del año próximo pasado” (1964), sino el 11 de agosto de 1962, época bien distinta por cierto”.

“En consecuencia —concluye—, por los dos extremos expresados, la sentencia que demando es violatoria de la ley de procedimiento, y la norma violada es la contenida en el numeral 8o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad”.

Se responde:

Como es en el auto de proceder en el que se

hace la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, el error acerca de su respectiva denominación jurídica incide sobre dicha providencia y puede consistir, principalmente —como lo ha dicho la Corte—, o en imputar en la parte resolutive de la misma un delito distinto al comprobado en el proceso, o en referir el delito a título o capítulo que no le corresponde.

En este caso, no se incurrió en ninguno de tales errores. En la parte resolutive del auto de proceder se llamó a responder en juicio por el delito genérico de homicidio que era el imputable conforme a los elementos de prueba relacionados en la parte motiva. Del delito de homicidio, se agregó en la resolutive, trata el Código Penal en su Libro 2o. Capítulo I, Título XV, y esta referencia es rigurosamente exacta.

Las razones que invoca el demandante tratando de demostrar por este aspecto la nulidad prevista en el ordinal 8o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, no aluden al género de la infracción, sino a factores o circunstancias que la especifican y que escapan al ámbito de la referida nulidad, comoquiera que dentro de ese género caben las modalidades del homicidio agravado (asesinato) y del preterintencional.

Además, el actor refiere dicha nulidad a la sentencia impugnada, siendo así que hay una perfecta correlación entre élla, el veredicto y el auto de proceder.

Desciende otrosi a la cuestión probatoria para asignarle a algunos hechos un valor distinto al específico que les dieran los juzgadores de instancia y el propio jurado. La revaluación de tales hechos no tiene cabida dentro de la causal 4a., sino dentro de la 2a., no siendo procedente ésta en los juicios en que interviene el jurado por razones que muchas veces ha repetido la Corte, o sea porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, y porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación. Es este un problema de estudio exclusivo de las instancias que, con resultado negativo, el recurrente propuso ante el juez del conocimiento.

Y si según lo expuesto, es preciso desechar el primer cargo que con base en la causal 4a. se hace a la sentencia, igualmente inválido

resulta el segundo puesto que, como dice el Ministerio Público, no existe error en cuanto a la época del ilícito, ya que dicho fallo se limitó a transcribir lo expresado en cuanto a los hechos en el de primer grado y este a su vez tomó la correspondiente relación del auto de proceder y así la fecha debe referirse al año en que fué dictado este último. Sobre esto no cabe ninguna duda. El cargo carece de seriedad.

CAUSAL PRIMERA.

Con fundamento en élla el demandante impugna por estos dos conceptos la sentencia recurrida:

a). Porque sin existir en el proceso la partida de matrimonio de Santos Ruíz Borda con Ana Elvia Cuesta, se les tomó como cónyuges sin serlo, dándole así en ese fallo una aplicación indebida al ordinal 1o. del artículo 363 del Código Penal, y,

b). Porque en igual forma se aplicó el ordinal 5o. del mismo texto, ya que la circunstancia de estar acostados los protagonistas de los hechos cuando éstos ocurrieron, no indica que el procesado Santos Ruíz Borda haya colocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

Se contesta:

Cabe observar en cuanto al primero de tales cargos, que la imputación de la agravante por uxoricidio se fundó en el reconocimiento que del vínculo matrimonial que los unía, hicieron los propios protagonistas del hecho.

Respecto del segundo, la agravante que se dedujo en forma clara y explícita en el auto de proceder, no fué la prevista en el ordinal 5o. sino en el 6o. in fine del artículo 363 del Código Penal. Es a ella a la que se alude en el cuestionario y a la que se refiere la sentencia recurrida en estos términos, tras de reparar en el momento de la agresión (se encontraba dormida la víctima), en el arma empleada, en el vigor y repetición de los golpes, en la dirección de los mismos (la cabeza) y en el efecto letal de las lesiones:

“Todo lo anterior indica sin lugar a dudas que la intención de Santos Ruíz no fue la de lesionar sino la de dar muerte; que se trata de un homicidio agravado por las circunstancias de que la víctima fue colocada o se encontraba en condiciones de indefensión o inferioridad y por el vínculo existente

entre ellos.”

Pero es que en relación con ambos cargos el demandante para sustentarlos aprecia hechos o pruebas que ya lo habían sido por los juzgadores de instancia y por el propio jurado a quien le correspondía en este caso su evaluación definitiva, para desconocerles el valor probatorio que éstos les dieron.

Es decir, que invocando la causal primera, se apoya en la segunda que no ha aducido y que no podía aducir por no ser élla pertinente, según lo que atrás quedó expuesto, en los juicios en que interviene el jurado.

“En función de la causal primera alegada como principal —ha dicho la Corte—, una sentencia es casable cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación Penal en Tribunal de tercera instancia”.

Implicítamente esto es lo que ha pretendido el actor. De allí que tampoco puedan prosperar los cargos fundados en dicha causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se contrae este fallo y ORDENA que se devuelva el proceso al Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

REVISION EN MATERIA PENAL

Demanda sin fundamento de derecho en que se apoya la solicitud de revisión del recurso interpuesto.— Improcedencia de éste por no ser una tercera instancia y por requerirse la demostración de alguna de las causales que señala el Art. 571 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

El doctor Pablo Julián Banguera Ledezma obrando como apoderado de ALONSO LOPEZ LONDOÑO, propuso en memorial dirigido a esta Sala, recurso de revisión contra las sentencias de 4 de enero y de 20 de agosto de 1963 proferidas en Cali por el Juzgado Doscientos seis de Instrucción Criminal y por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, confirmatoria ésta de aquella que condenó a su poderdante a la medida represiva de dos a seis años de relegación en colonia agrícola y penal como infractor del numeral 16 del artículo 7o. del Decreto 0014 de 1955.

En ese escrito, al que se adjuntaron copias de los referidos fallos, se relacionan como fundamentos de hecho de la solicitud todos los momentos de la actuación procesal desde su iniciación hasta su culminación. Se alude a las pruebas practicadas y a las que no lo fueron y que en concepto del actor debieron practicarse. Se critica la evaluación que de aquellas hicieron los juzgadores de instancia. Se tacha de parcial al Juez Doscientos seis y se califica la sentencia de segundo grado como

repetición viciosa de la del a—quo.

No se determina en ese memorial como lo prescribe el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, el fundamento de derecho en que se apoya la solicitud. Tampoco se adujo ninguna de las causales que señala el artículo 571 ibidem. Desde este punto de vista aquel escrito acusa un vacío absoluto. Carece, por este aspecto, el más fundamental en cuanto a la procedencia del recurso de revisión por no ser éste una tercera instancia y requerirse para que prospere la demostración de la existencia de alguna de aquellas causales, del presupuesto básico que al efecto reclama la Ley.

En estas condiciones no cabe ya, admitida y tramitada la solicitud a guisa de demanda, que desechar el recurso conforme a lo pedido por el Ministerio Público.

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 revisión intentado en este caso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., Secretario.

ACLARACION DE LA SALA AL FALLO DE FECHA 10 DE JUNIO DE 1966.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por el anterior escrito pide el recurrente en este negocio que se aclara la sentencia recaída en él, pues en su parte resolutive se dice que se falla de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y éste no pidió que se desechara la demanda sino que se diera aplicación al artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ya que en su concepto debía prosperar el cargo que el actor con fundamento en el artículo 171 y en vista de lo establecido en el numeral 4o. del artículo 198, ibidem le hizo al fallo recurrido.

Tal cargo, a la par de los demás, fue estudiado ampliamente en la sentencia de esta Sala, folios 14 a 17 y se estimó contra la opinión del recurrente y de la Procuraduría que no podía aceptarse.

Entre la parte motiva de dicho proveído y la fundamental de la resolutive en cuanto desecha el recurso de casación, hay una absoluta congruencia.

Empero, por un lapsus linguae se expresó en ella lo que ya se dijo. La verdad es que no se falló de acuerdo sino en desacuerdo con la petición con que termina su estudio el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

De ahí que, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ACLARE en tal sentido su sentencia de 10 de los corrientes.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano

Francisco López Cruz., Secretario.

ACTUACIONES FUNDAMENTALES EN LA ESTRUCTURA DE JUICIOS QUE SE VENTILAN CON INTERVENCION DEL JURADO.— AGRAVANTE ESPECIFICA PREVISTA EN EL ORDINAL 5o. DEL ART. 363 DEL C. P.— LA RESPUESTA AFIRMATIVA DEL JURI Y EL MOVIL DEL DELITO.—
CONSONANCIA ENTRE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y EL VEREDICTO.—

En la estructura de los juicios que se ventilan con intervención del tribunal popular se advierten tres actuaciones fundamentales: el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. La coherencia del sistema se romperá, por tanto, siempre que el fallo no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o cuando se halle en desacuerdo con el veredicto del Jurado. El veredicto, a su vez, está íntimamente vinculado a la cuestión propuesta por el Juez de la causa, pregunta que, por constituir el substrato de la providencia enjuiciatoria, debe incluir los elementos constitutivos del delito, los concernientes a la responsabilidad y, en su caso, las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casacion Penal.— Bogotá, treinta de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el procesado *PARMENIO BERNAL ARIAS* contra la sentencia de fecha dieciocho de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1.964), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil lo condenó a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable de la muerte del señor Luis Caro.

ANTECEDENTES:

En el auto de proceder se hace el siguiente acertado resumen de los hechos que originaron el proceso:

“Aparece de autos que a eso de las cuatro o cuatro y media de la mañana del seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco llegó *PARMENIO*

BERNAL a la casa de habitación que en la vereda de “Medios” del Municipio de Puente Nacional tienen los esposos Juvenal Másmela y Berta Isabel Casas de Másmela con el fin de que le vendieran un desayuno. Allí había posado esa noche *LUIS CARO*. Al llegar Bernal preguntó quiénes estaban quedados a los dueños de la casa y estos le dijeron que Luis Caro. Momentos después Bernal le reclamó a Caro que por qué la semana anterior no le había prestado los dos pesos que le había solicitado, haciendo manifiesto su resentimiento por esta negativa. Cuando Bernal ya se hallaba como a quince metros de distancia de la casa de los Másmela, llamó a Caro con el fin de que le diera candela para encender un cigarrillo. Como uno de los niños de los Másmela se acercara a Bernal, éste le dió unos varazos para que se alejara de aquel lugar, aprovechando Bernal el hallarse solo con Luis Caro, para dispararle su revólver por dos veces, mientras éste le ofrecía candela para su cigarrillo, disparos que le ocasionaron la muerte. Ejecutado el hecho *Parmenio Bernal* huyó precipitadamente, pero Caro antes de morir logró contar a los que allí acudieron que *Parmenio Bernal* había sido quien lo había matado”. (Fl. 44, Cuaderno 1o.).

En torno a las circunstancias que caracterizaron la comisión del homicidio a que se contrae el proceso, se dijo en la parte motiva de la citada providencia encausatoria: “En cuanto a las modalidades del homicidio, este Juzgado está acorde con el señor Fiscal en la existencia de la agravación específica del Ord. 5o. del Art. 363 del C. P., ya que al llamar a Luis Caro pidiéndole le diera candela para su cigarrillo y aprovechar esta circunstancia de indefensión e

inferioridad y sorpresa en que se hallaba la víctima para hacerle los dos mortales disparos, se configura plenamente la alevosidad de su actuación". (fl. 46, Cd. cit.).

El Tribunal Superior de San Gil prohió el criterio expuesto en el aparte transcrito cuando, a virtud de apelación interpuesta por el defensor del del procesado contra el auto de llamamiento a juicio, tuvo oportunidad de revisarlo. Concretamente expresó aquella Corporación sobre el particular: "En lo que respecta a las modalidades del homicidio, la Sala está de acuerdo con el *a-quo* y el señor Fiscal de la Entidad en la existencia de la agravación específica del Ordinal 5o. del Art. 363 del C. P. por la circunstancia de indefensión, inferioridad y sorpresa en que se hallaba la víctima para asestarle los dos mortales disparos". (fl. 58, Cd. 2o.).

El día 12 de julio de 1.963 tuvo lugar la audiencia pública, con intervención del Jurado, cuyo veredicto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos mediante providencia proferida por el Juez de la causa el 30 de agosto de 1.963, que el superior confirmó en la suya de fecha 6 de diciembre del mismo año. (fs. 72 a 75 del Cd. 2o. y 81 a 89 del Cd. 3o.).

Con ocasión de la última audiencia pública el Juez del conocimiento sometió a la consideración de los jueces de conciencia la siguiente cuestión, compendio de los cargos formulados al procesado en el auto de proceder:

"CUESTION UNICA.— El acusado PARMENIO BERNAL ARIAS es responsable de haber dado muerte a Luis Caro, por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia, leible al folio 5 del cuaderno primero, y en su ejecución obró el procesado con el propósito de matar y con aprovechamiento de las circunstancias de indefensión e inferioridad y desprevisión en que se hallaba la víctima, hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la mañana del día seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, en la vereda de "Los Medios" de la comprensión municipal de Puente Nacional?". (Fl. 96, Cd. 3o.).

La respuesta del Jurado fue del siguiente tenor: "Sí lo mató por resentimiento por no haberle prestado los dos pesos".

Entendiendo el Juez de primer grado que el

Tribunal popular había hallado a Bernal Arias responsable de homicidio, en la modalidad de asesinato, pronunció la sentencia del 3 de junio de 1.964 en la cual se condenó al reo a la pena principal de "quince años y medio de presidio", sentencia que, como puede advertirse en el preámbulo del presente fallo, fue confirmada por el Tribunal, con la única modificación de reducir en seis meses la pena impuesta. (fs. 101 a 108, Cd. 3o. y 121 a 130, Cd. 4o.).

De la motivación en que se sustenta el fallo de segundo grado importa destacar lo siguiente: "El veredicto hay que aceptarlo como simplemente condenatorio, como lo hizo acertadamente el funcionario de la instancia. A primera vista se ve que la respuesta es afirmativa y los agregados nada le quitan a la voluntad soberana del jurado, quienes al dar a conocer los posibles móviles del homicidio, según su leal saber y entender, no dan margen con su respuesta para llegar a diferentes interpretaciones.—No existiendo contradicción en los términos del veredicto la Sala aprobará la sentencia que ha sido apelada, ya que el material probatorio recogido en oportunidad, le da pleno fundamento...".

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Ha sido sustentado por el doctor Agustín Cuevas Fernández, abogado titulado e inscrito en la Corte, en ejercicio del poder especial que, para tal fin, le confiriera Parmenio Bernal Arias.

El impugnante acusa la sentencia recurrida con fundamento en las causales de casación que el artículo 567 del C. de P. P. contempla en sus numerales 3o. y 1o., advirtiendo claramente que propone como principal la segunda de las hipótesis previstas en la causal tercera.

a).—CAUSAL TERCERA.

(Segundo motivo). Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

En síntesis, el cargo se plantea con la afirmación de que el fallador de segunda instancia desoyó las voces del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, porque no tuvo en cuenta que el Jurado, en el caso de autos, desechó la circunstancia específica de agravación que se le propuso en la cuestión

respectiva. Y su demostración se intenta en los siguientes términos:

“El Tribunal de hecho, usando de la facultad consagrada en el artículo 29 de la Ley 4a. de 1943, determinó que el acto se había cometido en circunstancias y por razones diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, y así lo consignó clara y categóricamente en la contestación. No estuvo acorde con el criterio del a-quo vertido en el auto de proceder, pues llegó a la íntima convicción de que en el informativo no aparecía respaldo probatorio para asegurar que el hecho criminoso estuviese presidido por circunstancias de indefensión e inferioridad constitutivas de asesinato. El fallador tenía entonces perentoria obligación de ceñirse a este pronunciamiento aceptando que el delito cometido había sido el de homicidio simplemente voluntario, (con o sin agravantes); y no el de homicidio calificado”. A lo cual agrega, después de citar algunas doctrinas que juzga pertinentes:

“Es decir: el juez de derecho puede legalmente desconocer los agravantes propuestos en un veredicto, sin que tal desconocimiento implique desacuerdo entre éste y la sentencia, porque dichas circunstancias son de libre apreciación del juzgador. Pero viola flagrantemente la ley si en el fallo niega la existencia de elementos constitutivos reconocidos en el veredicto. O si los toma en cuenta cuando fueron rechazados o desconocidos, evento que tuvo ocurrencia aquí”.

A continuación el actor transcribe parte de uno de aquellos fallos en que la Corte relieves la diferencia que existe entre las circunstancias de mayor peligrosidad, factores accesorios que contribuyen a determinar la pena y cuya apreciación incumbe exclusivamente al juez de derecho; y aquellas otras modificadoras o constitutivas previstas en el artículo 363 del Código Penal e integrantes o consustanciales del homicidio llamado asesinato. En seguida recuerda aquella otra conocida jurisprudencia de esta Sala, según la cual, en los juicios en que el jurado interviene, la base directa e inmediata de la sentencia debe ser el veredicto, y su fundamento remoto, las pruebas del proceso.

Finalmente arguye el impugnador, para completar su pensamiento en torno al motivo de casación invocado:

“En el palpitante caso de Parmenio Bernal

Arias no podía ser diferente el veredicto, que resultó trasunto del caudal probatorio, porque no se encuentra en autos material idóneo que respalde del elemento alevosía: ni en las circunstancias de lugar, tiempo y modo, ni en las personales de víctima y victimario. Y es lógico, porque la situación de *indefensión e inferioridad* supone, como lo tiene establecido la Jurisprudencia de la Corte (sentencia de 11 de Junio de 1946) que el agente ha preordenado la acción de modo reflexivo y por tanto que la circunstancia objetiva de la inferioridad o las condiciones de indefensión no pueden brotar súbitamente sin que haya antecedido una preparación previa...” Y quién se atreverá a afirmar que el encausado preparó con antelación su acto ilícito, que lo planeó y lo proyectó con toda cautela indispensable para evadir el riesgo? Será atinado sostener que ‘la alevosidad’ en la actuación del reo consistió en el hecho de haber llamado a Luis Caro para que le diera candela para su cigarrillo y que este último detalle encarna una situación de indefensión o inferioridad? (Auto de proceder, fol. 46). ‘Las formas de insidia a que se refiere el numeral 5o. (dice el Dr. Luis Carlos Pérez en su libro Derecho Penal Colombiano T. III, pág. 94) son LAS QUE EL AGENTE PROCURA O BUSCA, AQUELLAS QUE CALCULADAMENTE HA HECHO PROPICIAS PARA SORPRENDER A LA VICTIMA’.

“La razón de ser, jurídicamente, de la causal tercera de casación, en torno al desacuerdo que pueda advertirse entre la sentencia y el veredicto, radica en la circunstancia fundamental de que el veredicto constituye por sí mismo, la expresión con fuerza de verdad legal, hecha por el jurado sobre la responsabilidad del acusado en consonancia con los cargos que a éste se han hecho a través del proceso, cargos que define y concreta en una sencilla fórmula el Tribunal de conciencia, poniendo de esta manera límites precisos a la hipótesis planteadas. En consecuencia, la sentencia con la cual el Juez de derecho concluye el proceso, no puede ser otra cosa que la traducción fiel del veredicto, sometiéndolo formalmente a las normas de la ley, con la comodación a que haya lugar dentro de los textos correspondientes del Código Penal y sin variar en nada la esencia del fallo de conciencia. Cualquier desviación que se haga en la sentencia por fuera de los

límites que haya fijado el jurado, constituye, desde luego, un desacuerdo entre el veredicto y la sentencia. El Juez de derecho no tiene atribución ninguna para transformar con ánimo de interpretación lo que concretamente el jurado haya respondido y tan solo puede moverse dentro de esos precisos límites'. (Casación de Carlos José Espinel, de 28 de marzo de 1947, G. J. Tomo LXIII, números 2053—54, páginas 149—150).

"Sin embargo, el Sr. Juez 2o. Superior del Socorro, haciendo caso ómiso del veredicto, encasilla el delito cometido en la causal 5a. del art. 363 del C. P. y así lo acoge el H. Tribunal Superior de San Gil en sentencia muy difusa. Dice: 'El veredicto hay que aceptarlo como simplemente condenatorio...'. 'A primera vista se ve que la respuesta es afirmativa...'. 'No dan margen con su respuesta para llegar a diferentes interpretaciones'; pero acepta que el reo 'respondió por un homicidio agravado (sic) por la alevosía'.

"De acuerdo estoy en que el veredicto es condenatorio; que es positiva la respuesta. Pero, de que la contestación sea condenatoria no se desprende que el homicidio fue calificado por el Jurado, toda vez que él desestimó el elemento constitutivo propuesto; no halló responsable a Bernal de asesinato, sino de homicidio agravado, porque a su respuesta no la integra únicamente el monosílabo "SI", sino también la explicación que le es inseparable y que quiebra el fondo del cuestionario, de manera trascendental.

"Surge una inexplicable confusión en la sentencia de segunda instancia cuando expresa que el reo respondió POR UN HOMICIDIO AGRAVADO POR LA ALEVOSÍA, ya que ésta es una de las causales específicas del asesinato prevista en el ordinal 5o. del art. 363 del C. P. y no una de las circunstancias que agravan la responsabilidad del agente, determinadas en el art. 37 de la misma obra.

"Según el jurado el homicidio fue gravado por el 'resentimiento por no haberle prestado los dos pesos', circunstancia que encuadra en el ordinal 3o. del art. 37 citado.

"El fundamento de la causal tercera —en la faz en que se estudia— reside en la necesidad jurídica de sancionar la transgresión de normas, como las de la jurisdicción, que son de orden público, y, por ese medio, defender y tutelar su actividad y eficacia; normas de esa especie son, entre otras, las de los artículos 45

y 480 del estatuto procesal que rigen la potestad de los jueces de hecho y de derecho y cuya transgresión, se repite, es procesalmente sancionada.

"El artículo 45, en efecto, atribuye conjuntamente a los jueces (superiores) y jurados el juzgamiento de los delitos allí enumerados y en el artículo 480; aplicación y desarrollo de aquél (el 45), delimita la potestad funcional de unos y otros, fijando a los segundos la de calificar los hechos sobre los cuales ha versado el debate —dice el artículo— y a los primeros la de dictar sentencia (aplicar la ley) de acuerdo con dicha calificación, sin otra excepción que la facultad de declarar —cuando es el caso— que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso y de convocar a un nuevo jurado (artículos 537 y 554). (G. J. Tomo LXII, Nos. 2050—2051, pág. 757)".

b).— CAUSAL PRIMERA

Ser la sentencia violatoria de la Ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Considera el demandante que la sentencia acusada infringió la ley sustantiva por indebida aplicación del artículo 363, numeral 7o., del C. P., al fijar en quince años la pena impuesta al procesado; lo que, consecuentemente, condujo a la violación del artículo 362 ibídem, "que es la norma aplicable al homicidio sencillamente intencional postulado en el veredicto y para el cual señala una pena de naturaleza similar, pero cuyo extremo superior no puede rebasar un término de 14 años. "Y arguye luego: "Más aún: como Parmenio Bernal Arias no tiene antecedentes y no se le puede cargar la circunstancia agravante del inciso 3o. del art. 37 del C. J. (sic) que no tiene asidero en el proceso según el a—quo, la pena abarcaría solamente el mínimo, que es de ocho años".

Finaliza el libelo con la solicitud de que, conforme al artículo 570, letra a), del C. de P. P., se invalide el fallo recurrido y se dicte el que deba reemplazarlo.

EL MINISTERIO PUBLICO.

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal se refiere en primer término a los

hechos por los cuales fué juzgado Bernal Arias y al trámite del juicio; recoge con toda amplitud los planteamientos y argumentos de la demanda, los refuta y concluye pidiendo que se deseché el recurso interpuesto y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.— En la estructura de los juicios que se ventilan con intervención del Tribunal popular se advierten tres actuaciones fundamentales: el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. La coherencia del sistema se romperá, por tanto, siempre que el fallo no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o cuando se halle en desacuerdo con el veredicto del Jurado. El veredicto, a su vez, está íntimamente vinculado a la cuestión propuesta por el Juez de la causa, pregunta que, por constituir el substrato de la providencia enjuiciatoria, debe concluir los elementos constitutivos del delito, los concernientes a la responsabilidad y, en su caso, las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso.

2.— Importa recordar que en la parte motiva del auto de proceder se observó con toda claridad, en relación con los aspectos circunstanciales que rodearon el homicidio de autos, la existencia de la agravante específica prevista en el ordinal 5o. del artículo 363 del Código Penal, y que a los jueces de conciencia se les preguntó precisamente si el procesado Bernal Arias, al darle muerte a Luis Caro, obró “con el propósito de matar y con aprovechamiento de las circunstancias de indefensión e inferioridad y desprevenición en que se hallaba la víctima”, cuestión correctamente formulada, porque como lo ha expresado la Corte en diferentes oportunidades, lo esencial en estos casos, es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se halla colocado el sujeto pasivo del delito.

3.— La cuestión propuesta al Jurado comprende, pues, los extremos referentes a la autoría del hecho, a la clase de propósito con que éste pudo ser cometido y a la intensidad del dolo. Es obvio, por tanto, que la respuesta afirmativa del Juri comprende todos los

aspectos que la pregunta plantea, entre los cuales se encuentra, desde luego, la circunstancia de haber obrado el reo con alevosía. Y en manera alguna es incompatible con tal respuesta, ni la desvirtúa, el hecho de que los jueces de conciencia hubiesen agregado que Bernal Arias le dió muerte a Luis Caro “por resentimiento por no haberle prestado los dos pesos”, porque con esa locución explicativa, como acertadamente lo entendieron los jueces de derecho en las dos instancias del juicio, sólo quisieron señalar el móvil del delito.

4.— Coincide así esta Sala con el criterio expuesto sobre el particular por el Procurador:

“El sí de la respuesta dada por el juri comprende uno y otro de los indicados extremos (alude el colaborador a los que la Corte anota en el numeral anterior) y ningún asidero le presta a la alegación hecha por el señor demandante en el sentido de aseverar en su escrito que aunque el veredicto es condenatorio por ser afirmativo, lo es apenas por razón de un homicidio simplemente voluntario, pero no por virtud de un homicidio agravado cuya intensidad volitiva se deriva de la alevosía concurrente en su ejecución.

“Al decir sí los Juraos, esa su afirmación obligaba indefectiblemente a inferir que para la conciencia de los representantes del pueblo en el estrado de la justicia, el acusado había obrado con alevosía al dar muerte a la víctima de autos.

“Nada importa que el Jurado hubiera agregado a la expresión, ‘sí lo mató’, esta otra explicativa de la conducta del homicida: ‘por resentimiento por no haberle prestado los dos pesos’. Con haberle hecho tal adición a su respuesta afirmativa, apenas quiso indicar que, en su entender, el motivo determinante, el móvil de la acción ilícita había sido el resentimiento, con lo que ponía de manifiesto la peligrosidad del homicida al obrar determinado por un motivo absolutamente fútil.

“De esa explicación o agregación hecha, mal se hace en pretender deducir que fue propósito del tribunal popular negar la concurrencia en el hecho de la alevosía, que, como agravante específica del delito tipificado en el art. 362 del C. P., aparece prevista en el ordinal 5o. del artículo 363 del mismo Código”. (Concepto: fl. 27, Cd. 2o.).

5.— Lo dicho basta para concluir que, lejos de haber desacuerdo entre la sentencia impugnada y el veredicto, aquélla es armónica con éste. Y como la supuesta violación de los artículos 363, ordinal 7o., y 362 del Código Penal se apoya en el argumento de que el fallo recurrido quebrantó la voluntad del Jurado al condenar al reo por asesinato u homicidio específicamente agravado, es evidente que el cargo carece de todo fundamento y que, en consecuencia, la causal primera tampoco puede prosperar.

Conviene observar, finalmente, que el caso aquí estudiado no guarda paridad con los que fueron objeto de resolución en los fallos citados por el actor en la demanda.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la Ley, previa audiencia de la Procuraduría Primera Delegada, *NO INVALIDA* la sentencia de fecha dieciocho de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, por medio de la cual el Tribunal Superior de San Gil condenó a Parmenio Bernal Arias a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable de la muerte de Luis Caro.

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

Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

HOMICIDIO CALIFICADO DE ASESINATO

Juicio adelantado con las formalidades que le son propias.— El edicto emplazatorio y la notificación personal.— La omisión de los "considerandos" y "resultandos" no está erigida en causal de nulidad por los artículos pertinentes del C. de P.P.— Supuesta violación de los arts. 429 y 431 (numeral 2o.) de la misma obra.— No hay diferencia práctica entre el cómplice necesario y el coautor o codeficiente.— Ineficaz impugnación a la sentencia por discordancia entre el auto de proceder y el cuestionario del Jurado.— Veredicto afirmativo basado en pruebas demostrativas de la responsabilidad. —

1.— No puede identificarse la presunta falta de la fijación de edicto por carteles en lugar público de la localidad con la notificación del auto de proceder al procesado. Si este no comparece, basta con que se haga a su defensor. No es ésta, por lo tanto, una irregularidad que implique la existencia de una nulidad constitucional, ya que no ha incidido en el sentido de hacer manifiesta la violación del derecho de defensa del procesado.

2.— Ni contra el auto de proceder ni contra el que lo confirmó, tiene validez el argumento de que en ellos no se encuentran las palabras sacramentales de "resultandos" y "considerandos", porque si bien es cierto que el art. 158 del C. de P. P. exige que se expresen concreta y separadamente, ello se refiere a los fundamentos del auto que debe explicar lo que "resulta" de la investigación y lo que jurídicamente "se considera" como conclusión de aquellos resultados, sin necesidad de usar, precisamente, vocablos determinados y sacramentales.

3.— La denominación jurídica de una infracción es cosa bien distinta de la calificación del grado de participación de una persona en el ilícito de homicidio. La primera consiste en la que le da el Código de una manera genérica, y la segunda, sin prescindir de la primera, encasilla, por así decirlo, a un sujeto activo del delito en su calidad de autor material, coautor, cómplice necesario o cómplice no necesario.

4.— Aunque se haya llamado al procesado "cómplice necesario" o "coautor" o se haya dicho que tomó parte en la ejecución del hecho, "esa inadecuada calificación —no de la denominación genérica del ilícito sino de la calidad del partícipe— no acarrea o tiene efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámasele coautor o cómplice necesario". La complicidad necesaria equivale a la coautoría, en el aspecto antes dicho, y ambas a "tomar parte en la ejecución del hecho"—que fue lo preguntado al Jurado—, caso también diverso a la cooperación

en la ejecución de que trata el art. 20 del C. P.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

Por sentencia de 16 de junio de 1965, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga confirmó, en todas sus partes, la del Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad que condenó a MANUEL SALVADOR HERNANDEZ GALLEGO, como responsable del delito de homicidio —calificado de asesinato— en la persona de Juan de Jesús Osorio Agudelo, a la pena principal de diez y siete años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Interpuesto el recurso de casación y tramitado en debida forma, ha llegado el momento de decidir sobre su mérito. A ello se procede.

LOS HECHOS.

En cuanto a lo ocurrido, el Tribunal hace la siguiente síntesis, ceñida a los autos:

"En las primeras horas del día primero de octubre de 1958, el señor Juan de Jesús Osorio rezaba el rosario en su casa de habitación situada en la vereda de 'Bolívar', comprensión del Municipio de Toro, acompañado de su esposa e hijos,

cuando la pía labor de la familia Osorio fué interrumpida por personas que desde el exterior de la casa llamaban al señor Osorio. Este se mostró renuente a salir de su habitación, pero ante la insistencia de quienes lo llamaban afirmando ser representantes de la autoridad que conducían un preso de 'La Cabaña' al corregimiento de San Francisco, la esposa de Osorio optó por abrir la puerta de la habitación para reconocer a los nocturnos visitantes, informándole a su esposo que eran policías pero que andaban 'a pie'. Silvio, hijo de los esposos Osorio, que había salido simultáneamente con su madre del aposento en que se hallaban rezando el rosario, también regresó informando que se trataba de policías que conducían a Salvador Hernández preso. Igual información dió Absalón Osorio, quien se había asomado por otra puerta para tratar de averiguar quiénes eran los que pretendían ver a esas horas a su padre.

"Ante la información recibida por Osorio de que se trataba de agentes de policía que conducían preso a Salvador Hernández, aquél resolvió salir al corredor de su casa para averiguar de qué se trataba, acompañado de su esposa, quien portaba una vela encendida, y de sus hijos. Un sujeto que vestía uniforme de policía se les acercó, diciendole a Osorio que llevaban unos presos, invitándolo a que pasara al otro corredor de la casa para que los reconociera. Ante la negativa de Osorio, el pretendido agente dió voces llamando al 'Cabo Ordóñez'; llegando otro individuo, igualmente vestido de policía, en quien la esposa de Osorio reconoció a Jesús Castaño, maleante de la región y quien, sorpresivamente y a poca distancia, disparó su revólver contra Osorio, hiriéndolo mortalmente 'en la región epigástrica e hipocondrio izquierdo, con salida en la región lumbar', según el dictamen de los médicos legistas visible a fs. 36".

EL DESARROLLO PROCESAL.

Sobre la base de la demostración de los hechos relatados y en providencia de dos de octubre de 1962, el Juzgado Tercero Superior

de Buga llamó a responder en juicio a Manuel Salvador Hernández Gallego y a Próspero Lenis López por el delito de homicidio en la persona de Juan de Jesús Osorio y declaró extinguida la acción penal, por muerte comprobada, contra Jesús Castaño Blandón.

Por separado se analizan en dicha providencia los elementos probatorios que comprometen la responsabilidad del recurrente, la de Próspero Lenis López y la de Jesús Castaño.

Se dijo también en el referido auto que Manuel Salvador Hernández Gallego respondería en juicio criminal "en su condición de cómplice necesario" y Lenis López "en su condición de co-partícipe" o "coactor material del delito investigado". Del fallecido Jesús Castaño se expresó que fue el ejecutor de los disparos mortales.

Por apelación y consulta subió para su revisión dicha providencia al Tribunal Superior y éste, al hacer el análisis de las probanzas, expuso: Que Jesús Castaño resultó ser en verdad quien disparó su revólver contra Osorio; que contra Manuel Salvador Hernández recayeron, primero, las sospechas "de ser coautor o cómplice"; y, finalmente, que "Hernández Gallego y Lenis López son responsables como coautores de asesinato". La parte resolutive del tal proveído se limita a confirmar, "en todas sus partes", el auto objeto del recurso.

Adelantado debidamente el proceso, al Jurado Popular se le sometieron las siguientes cuestiones, la primera de las cuales fue contestada con una simple afirmación y la segunda con una negativa, también simple:

"CUESTIONARIO Nro. 1.— El acusado MANUEL SALVADOR HERNANDEZ GALLEGO de las condiciones civiles y personales anotadas en el auto de proceder, es responsable penalmente, conforme a éste, de haber tomado parte, con el propósito de matar, en la muerte causada a JUAN DE JESUS OSORIO AGUDELO, mediante las heridas descritas por los señores Médicos Legistas a folios 36; hecho ejecutado con premeditación acompañada de motivos bajos e innobles y aprovechándose de la circunstancia de indefensión de la víctima, pues hubo insidia, y ocurrido en las primeras horas de la noche del día primero (1o.) de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en

la vereda de 'Bolívar', corregimiento de 'San Francisco', jurisdicción del Municipio de Toro, de este Distrito Judicial?.

"**CUESTIONARIO Nro. 2.**— El acusado PROSPERO LENIS LOPEZ de las condiciones civiles y personales anotadas en el auto de proceder, es responsable penalmente, conforme a éste, de haber tomado parte, con el propósito de matar, en la muerte causada a JUAN DE JESUS OSORIO AGUDELO, mediante las heridas descritas por los señores médicos legistas a folios 36; hecho ejecutado con premeditación acompañada de motivos bajos e innobles y aprovechándose de la circunstancia de indefensión de la víctima, pues hubo insidia, y ocurrido en las primeras horas de la noche del día primero (1o.) de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) en la vereda de 'Bolívar', corregimiento de San Francisco, jurisdicción del Municipio de Toro, de este Distrito Judicial"?

Copiando pasos fundamentales del auto del Tribunal que confirmó el de llamamiento a juicio, el Juzgado sostuvo el veredicto contra Hernández Gallego, y, por algunos motivos de incertidumbre, la declaratoria de irresponsabilidad de Lenis López. Consideró a aquél como reo de asesinato; aplicó el artículo 363, numerales 2o. y 5o., del Código Penal y dosificó la pena —como allí se expresa— atendiendo a la preparación ponderada del delito y a la insensibilidad moral del delincuente, por lo cual lo condenó a la pena de diez y siete años de presidio y a las accesorias de rigor.

El Tribunal, al confirmar este fallo, estimó existente una circunstancia de mayor peligrosidad (Causal 6a. del artículo 37 del C. Penal) que, como allí se afirma, "justifica la elevación de la pena a 17 años. . .".

LA DEMANDA.

A ella hace referencia en forma muy precisa y clara el Colaborador Fiscal, por lo cual la Sala acoge esa relación:

"Después de una pormenorizada relación de la actuación procesal el actor expone, en síntesis, los siguientes cargos contra el fallo de segunda instancia:

"1).— Con base en la causal cuarta de

casación a que se refiere el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 sostiene el recurrente:

"1o.) El auto de proceder fechado el 2 de octubre de 1962 no fue notificado legalmente al procesado, quien se encontraba gozando de libertad incondicional, ni al defensor de oficio, ya que se omitieron formalidades esenciales del acto de emplazamiento contenidas en el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, que trajo como consecuencia la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Considera el actor que una de tales informalidades consistió en la falta de fijación de los carteles de que trata el inciso 2o. del artículo 433 citado, en lugares públicos de la ciudad de Buga, cabecera del Distrito Judicial donde iba a celebrarse el juicio, o en Toro, lugar de vecindad de Hernández Gallego, lo que equivale a la ausencia procesal de citación y notificación de la providencia mediante la cual fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio, con lo cual se incurrió en la causal de nulidad prevista en el ordinal 3o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Por otra parte, privó al acusado del derecho de nombrar libremente un 'defensor de confianza' y, por consiguiente, fue condenado sin haber sido oído en juicio, pretermitiendo la plenitud de las formas propias de éste.

"Con fundamento en las consideraciones precedentes solicita se declare la nulidad de lo actuado a partir de la notificación por edicto, inclusive, en adelante.

"2o.) El auto de proceder no cumplió con los requisitos prescritos por los artículos 158, 429 y 431 del Código de Procedimiento Penal, según criterio del abogado recurrente, porque la primera norma se violó al no concretar separadamente en tal providencia los 'Resultandos' y 'Considerandos' que le sirvieron de base. 'Un colorario del derecho de defensa —expresa— exige que las declaratorias de inocencia o de responsabilidad del auto de proceder se hagan motivadamente, es decir, por medio de las pruebas que se lleven a los 'Resultandos' y por medio del análisis

que de ellas se haga en los 'Considerandos', pues la dignidad de la persona humana le pide a la justicia el reconocimiento de esa responsabilidad e inocencia no como una función de coerción o gracia del Estado, sino como consecuencia del silogismo legal de la ley, la verdad y la culpabilidad. Otros hablarán de la norma, el hecho y la conducta del procesado' (fl. 28). El artículo 429 del Código de Procedimiento Penal también fue violado porque en el auto de llamamiento a juicio no aparecen demostradas ni estudiadas circunstancias tan esenciales como la condición de 'cómplice necesario' imputada a Salvador Hernández, la premeditación y el aprovechamiento de la indefensión de la víctima. Sustenta el cargo en los siguientes términos:

" 'Aunque el correlato jurídico de 'cómplice necesario' tiene que ser autor material o intelectual del delito, no se emitió en el auto de proceder un concepto de hecho o de derecho en relación con cuestión tan importante. En esta pieza se estudió primero la situación del procesado Hernández, y no se encuentra que hubiera hecho una narración sucinta de los hechos respecto de ese autor material de la muerte de Osorio Agudelo; ni un análisis de la prueba demostrativa del cuerpo del delito de homicidio y de la imputación de aquel autor material; y, si se hizo en la parte motiva la calificación genérica, no fue por el autor material cuya acción penal se declaró extinguida a causa de su muerte, sino por el procesado Hernández a quien se nominó como 'cómplice necesario' en la parte motiva, y por el procesado Próspero Lenis López a quien se le denominó como 'coautor' del mismo delito'. (fls. 26 y 27).

" 'Esta omisión tan grave del auto de proceder tenía que repercutir en la otra omisión que se tuvo al estudiar la situación procesal de Hernández Gallego, de quien no se analizó lo relacionado con el cuerpo del delito de la figura de la 'complicidad necesaria' de que se habla, ni siquiera se aludió a la imputación que le podía caber. Y si esto no se hizo en la

parte motiva del auto de proceder, la omisión fue de mucha mayor trascendencia en la parte resolutive, en donde Hernández y Lenis López aparecen llamados a responder en juicio 'por el delito de homicidio agotado en la persona de Juan de Jesús Osorio Agudelo', por lo cual, y al no haberse expresado nada en esta parte motiva sobre la responsabilidad o acción de Castaño Blandón en esa muerte, se presenta este dilema: o el 'cómplice necesario' y el coautor Lenis López agotaron la muerte de Osorio, lo que es un magno error de hecho; o el auto de proceder apenas se pronunció contra el 'cómplice necesario', que solo estuvo presente en la casa del occiso, y contra el coautor Lenis López, que no disparó contra Osorio, lo que es un magno error de derecho. Ya se sabe que Lenis López fue absuelto posteriormente por el Jurado de Conciencia, y así resaltará más la violación de la ley penal. El auto de proceder apenas tuvo en cuenta a Castaño Blandón para declararlo judicialmente extinto'. (fl. 29).

" 'Manifiesta el recurrente que igualmente se violó el ordinal 2o. del artículo 431 de la ley procesal, porque el auto calificadorio no hizo ningún análisis de las pruebas tendientes a demostrar el cuerpo del delito y la imputabilidad del procesado, ni la intención de matar en el auto material, ni los elementos que configuran la cooparticipación necesaria', como el acuerdo previo o instantáneo en orden a la comisión del mismo delito, el conocimiento e intención de la acción propia cooperadora y la efectiva ejecución del hecho...'. Agrega que el contenido del auto de proceder, en cuanto a Hernández Gallego se refiere, se redujo a demostrar que sí estuvo presente en la casa del occiso, con base en la prueba testimonial, pero en relación con la ejecución del hecho no hizo el examen de la cooparticipación primaria o secundaria ni de la complicidad individualizando la responsabilidad de cada uno de los partícipes en el ilícito, de ahí que resultara infringido el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal cuyo contenido establece la forma de

comparación del cuerpo del delito, tanto por el aspecto objetivo como por el subjetivo.

“Según lo expresado, considera que debe invalidarse la sentencia acusada y disponer la reposición del procedimiento a partir del auto de proceder de primera instancia, inclusive.

“3o.) ‘El auto de proceder de segunda instancia confirmó el de primera; sin embargo en la parte motiva cambió la denominación específica del delito con quien (sic) se relacionó, sin imputación legal, la persona del procesado Hernández, considerándolo como *coautor de asesinato*. Esta contradicción entre la parte motiva y la parte resolutive del auto de proceder de segunda instancia, fue atendida por el juzgador de primera; y pese al conocimiento que tuvo de que el enjuiciamiento de primera había sido confirmado por aquél, el cuestionario de folio 294 del cuaderno principal del procesado Hernández Gallego, comportó una cuestión distinta a la motivada y resuelta por el Juez, y enclavó un interrogante sobre la responsabilidad ‘de haber tomado parte, con el propósito de matar, en la muerte causada a Juan de Jesús Osorio Agudelo, mediante las heridas descritas por los señores Médicos Legistas...’ El Jurado de Conciencia respondió afirmativamente a este cuestionario, y el Juzgado, acogiéndolo, pronunció la sentencia condenatoria de primera instancia, confirmada por la que es motivo de esta acusación. Se juzgó, así, en audiencia pública y se le condenó al procesado por un delito distinto por el cual fue llamado a responder en dicho juicio, no obstante que en el caso correcto de juzgamiento y sentencia, siempre se le hubiera condenado a la misma pena’. (fl. 31).

“Transcribe luego el actor la parte motiva y la resolutive de los autos de proceder y de las sentencias dictadas por el Juzgado Tercero Superior de Buga y el Tribunal Superior de esa ciudad, lo mismo que el cuestionario sometido a la consideración del Jurado en relación con Hernández Gallego, para concluir que se advierten graves contradicciones e incongruencias que dieron como

resultado la no aplicación del artículo 19 del Código Penal, en el auto de proceder y en la sentencia, condenando como coautor del delito de homicidio a quien solo se ubicó como cómplice necesario del mismo, de modo que al variar ‘la denominación jurídica del ilícito’ en actuaciones posteriores al de llamamiento a juicio se incurrió en la nulidad prescrita en el ordinal 8o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual se hizo mas gravosa y se desconoció el derecho de defensa’ porque en orden a la responsabilidad penal es más grave ser autor que cómplice necesario; porque no todas las condiciones que gravan la responsabilidad del autor se comunican al cómplice, porque se presupone mas peligroso el primero que el segundo; porque se pueden mover por motivaciones distintas al mismo hecho; y porque, en un debate público como el que se celebró en esta causa, se hubiera facilitado mejor la defensa del procesado como ‘cómplice necesario’ que como autor’. (fl. 36).

“Concluye la exposición del cargo afirmando que entre el cuestionario y el auto de proceder no existe consonancia, por tanto se originó una nulidad supralegal tanto mas grave si se tiene en cuenta que en el cuestionario se imputó a Salvador Hernández la coautoría de las lesiones causantes de la muerte de Osorio Agudelo, sin ningún respaldo procesal y, por tanto, la sentencia incurrió en la violación del artículo 203 de la ley de procedimiento penal, por mala aplicación.

“Por este otro aspecto solicita también la invalidación de la sentencia y la declaratoria de nulidad de la actuación a partir del auto de proceder de segunda instancia, inclusive, o en subsidio de la formulación del cuestionario, disponiendo reponer el procedimiento.

“II).— Invoca el doctor Carlos Arturo Gil la causal tercera de casación contenida en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder por ‘la ilegal estructuración del cuestionario’, con base en los mismos

hechos expuestos en el punto inmediatamente anterior, esto es, por la modificación del grado de participación de su patrocinado en el delito de cómplice necesario por coautor. Afirma el actor que la causal tercera de casación debe invocarse en este caso como consecuencia de la causal cuarta, en relación con el cargo del 'error en la denominación jurídica de la infracción' y, por consiguiente, pide se invalide el fallo y se reponga el procedimiento.

"III).— El distinguido abogado recurrente invoca luego la causal quinta de casación contenida en el derogado artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que la sentencia acusada no expuso clara y concretamente cuáles fueron los hechos demostrados en el proceso referentes a la participación de los tres acusados en el delito investigado y a las circunstancias agravantes del homicidio —si éstas se comunicaban a los partícipes o no—, porque la sentencia de segunda instancia se limitó a reproducir el auto de proceder en esos aspectos.

"Con apoyo en esta causal el demandante solicita invalidar el fallo y pronunciar el que ha de reemplazarlo.

"IV).— Finalmente el autor acusa la sentencia con fundamento en la causal primera de casación del artículo 567 y del Decreto 528 de 1964, alegada como consecuencia de la causal cuarta, invocando una vez más la argumentación de que la calificación sobre el grado de participación en el delito hecha en el auto de proceder de primera instancia fue variado en el cuestionario sometido al Jurado, lo cual 'cambió fundamentalmente la nominación del delito, o la denominación genérica del mismo, y en lugar de preguntar por la responsabilidad de una complicidad necesaria, consultó por la responsabilidad de un homicidio de propósito, consistente o mediante las heridas descritas por los médicos legistas. Es decir, en el cuestionario se estimó al procesado como autor material de la muerte de Osorio por medio de las lesiones que se (sic) le causaron la muerte, o bien se dejó de expresar el hecho que lo comprometía en dicha

forma. Y para agravar más esa responsabilidad, se le atribuyó igualmente premeditación con motivos innobles y bajos, cuando en el auto de proceder no se habían enunciado estas circunstancias en tal forma, lo mismo que de la indefensión, y menos como circunstancias relacionadas con el aspecto subjetivo de la conducta del procesado Hernández Gallego'.

"En tal forma se violó el artículo 363 del Código Penal, ordinales 2o. y 5o., 'por cuanto lo aplicó con base en un juicio afectado de nulidad sustancial, como fue la provocada por el cambio que de la denominación genérica del delito se hizo al redactar el cuestionario, y aceptar el fallo de primera instancia proferido sobre la base probatoria de dicho veredicto.— La violación es directa'. (fls. 45 y 46).

"También fue violada en forma directa la norma expresada, porque la sentencia aceptó como forma propia del juicio penal, un cuestionario que, aún aceptado que fue legal el cambio de denominación genérica del delito, de 'cómplice necesario' a coautor, esta denominación no se expresó en el cuestionario, pues 'tomar parte con el propósito de matar', que fue la fórmula expresada, no es la que correctamente se hubiera de haber empleado para mantener la consonancia con la supuesta denominación genérica de coautor, ya que ni siquiera se expresó innominadamente si esa muerte fue producida de manera directa por un tercero, ni menos se aclaró en que forma fue que tomó parte en el homicidio de la procesado, sino fue por medio de la causación de las lesiones mortales'. (fl. 46).

"Arguye el actor que la sentencia violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y el 363, ordinales 2o. y 5o. del Código Penal en forma indirecta y solicita se invalide el fallo acusado para que la Sala de Casación Penal profiera el que deba reemplazarlo".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que no

debe casarse la sentencia y, al efecto, presenta los siguientes argumentos en síntesis:

I— 1o.— La sentencia recurrida no se dictó en juicio afectado de nulidad, porque el auto de proceder aparece notificado debidamente y el juicio se adelantó con todas las formalidades que le son propias. Al recurrente se le declaró reo ausente después de emplazarlo, y se le designó defensor de oficio en abogado que llenó a cabalidad su cometido.

Para emplazar al ausente Hernández Gallego se fijó el edicto correspondiente, se libraron comunicaciones, para su captura, al Departamento Administrativo de Seguridad y a las autoridades policivas del país. Y aunque no hay constancia de que se hubiera publicado el edicto emplazatorio por carteles, "sí las hay de que se le buscó en todo el país por las autoridades de Policía y del Das y se fijó el original del edicto en lugar público de la Secretaría".

2o.— Los autos de llamamiento a juicio cumplen los requisitos del artículo 158 del Código de Procedimiento Penal, porque comienzan con la palabra Vistos y expresan separadamente y con concreción "los elementos probatorios allegados al informativo, su estimación legal, los fundamentos jurídicos de la calificación de los hechos, las imputaciones a cada uno de los procesados y el examen de los preceptos sustantivos y adjetivos aplicables".

Otro tanto debe decirse de la sentencia, regida por los mandatos del artículo 159 ibidem.

Por lo demás, la omisión de los "considerandos" y "resultandos" no está erigida en causal de nulidad por los artículos pertinentes del Código de Procedimiento Penal y mal puede invocarse aquélla para fundamentar el recurso extraordinario de casación.

2o.— a). No es exacto que se hubieran violado los artículos 429 y 431 (numeral 2o.) del mismo Código, porque el proveído de llamamiento a juicio contiene, claramente explicados, los elementos que demuestran el cuerpo del delito y la contribución del acusado Hernández en el hecho investigado.

A este respecto hace transcripciones demostrativas de sus asertos.

3o.— No encuentra el colaborador discrepancia entre la parte motiva y la resolutive del auto de proceder, de éste con la

providencia que lo confirmó y con el contenido del cuestionario puesto a la consideración del Jurado. Por el contrario, afirma su perfecta congruencia a la luz de la doctrina, pues en nuestro país, de acuerdo con la doctrina a este respecto, no hay diferencia práctica entre el cómplice necesario y el coautor o codelincuente. Copia la jurisprudencia de la Corte a este particular y dice finalmente:

"Por último, el actor sostiene que las discrepancias por él anotadas determinaron un cambio en la denominación jurídica del delito. "... de cómplice necesario" se le reputó coautor o autor del mismo, incurriéndose así en la nulidad claramente establecida por el artículo 198 del C. de P. Penal, en su ordinal 8o., el cual ha debido tenerse en cuenta para su aplicación...".

"La nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción —sostiene el Tratadista Gustavo Rendón Gaviria— puede depender de dos motivos principales: el primero y mas frecuente es formular en la parte resolutive del auto de enjuiciamiento un cargo por delito distinto del que realmente corresponde, como cuando se llama a responder por el delito de robo tratándose de una extorsión o de una estafa; el segundo motivo de nulidad se presenta cuando siendo exacto el cargo, el juez coloca el hecho en capítulo o título del Código al que no corresponde la infracción". (Curso de procedimiento Penal Colombiano. Pág. 193).

"Afirmar que hubo error en la calificación jurídica de la infracción en este proceso, porque en opinión del demandante el auto de proceder se refirió a la complicidad necesaria y el cuestionario propuesto al Jurado a la coautoría, es un dislate jurídico porque dicha causal de nulidad no se refiere a la responsabilidad penal sino al error en la denominación del hecho ilícito de que se trata, como calificar cohecho lo que es concusión.

"Por tanto, este cargo tampoco prospera y la sentencia recurrida no debe invalidarse".

II— En cuanto a la segunda causal invocada, afirma el señor Procurador Delegado que el

abogado recurrente la relaciona con la estudiada anteriormente, por lo cual se remite a lo ya dicho sobre este particular. Pero agrega:

“El actor se refiere a discrepancias entre el auto que calificó el mérito del sumario y el dictado por el Tribunal Superior que lo confirmó, como si se tratara de piezas procesales autónomas, independientes. El auto de proceder pronunciado contra el acusado Hernández Gallego es uno que determinó su participación en el delito a título de cómplice necesario. Si el cuestionario se redactó haciendo particular mención a ‘haber tomado parte en la muerte’ violenta de Juan de Jesús Osorio —contestado afirmativamente por el Jurado— ya se explicó suficientemente con apoyo en la jurisprudencia de la Corte que dicha modificación no entraña nulidad porque desde el punto de vista práctico no hay diferencia entre el coautor y el cómplice necesario.

III— Refiriéndose al cargo de que la sentencia acusada no expresa los hechos que se consideran probados, el colaborador precisa, a la luz de la doctrina, cuál es la función del fallador de derecho ante un veredicto afirmativo, y luego agrega:

“Por lo anotado, con toda razón la sentencia recurrida comienza por referirse a los cuestionarios formulados al Tribunal de Conciencia y a las respuestas que éste dió, luego se ocupa de la audiencia pública para desentrañar el verdadero sentido del veredicto de acuerdo con las alegaciones de quienes intervinieron en esa diligencia, presenta los principales argumentos expuestos por el defensor del acusado Hernández, doctor Carlos Oscar Trujillo y para rebatirlos dedica todo un capítulo de la providencia —el más extenso— bajo la denominación ‘Desarrollo del Veredicto’, análisis cuya finalidad principal es la de establecer si el veredicto se acomodó o no a la realidad procesal y por último, como se llega a la conclusión que la sentencia de primera instancia interpretó fielmente el veredicto, confirma en todas sus partes aquella providencia”.

IV— Se expresa así el Ministerio Público:

“Respecto de la última causal de

casación invocada —la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 56 del Decreto 528 de 1964— es como un compendio o resumen de las anteriores, pues el actor repite la argumentación expuesta para sustentar las otras causales pero aplicada a la presente.

“La causal primera de casación invocada como consecuencia de la cuarta es lógico que tampoco prospere, porque si no se comprobó ninguna causal de nulidad que afectara al juicio por las razones expuestas por este Despacho, la aplicación de la ley penal resultó correcta. De otra parte, la alegación de la causal primera como consecuencia de la cuarta es improcedente, pues demostrada ésta se casa la sentencia sin recurrir a aquella pues opera en forma autónoma e independiente de la primera.

“Además es sabido que en los juicios en que interviene el jurado —como el que ahora nos ocupa— es improcedente entablar debate sobre la estimación de las pruebas ya que ello corresponde al jurado de conciencia sin sujeción a tarifa legal.

“Por último, la causal primera de casación, según lo ha repetido la H. Corte Suprema, solo es procedente cuando la violación de la ley puede demostrarse mediante su raciocinio directo, sin necesidad de reabrir debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación en Tribunal de tercera instancia”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

I— 1o.— Llamado a juicio el recurrente, como las órdenes de captura no dieran resultado, se dispuso emplazarlo de conformidad con el artículo 433 del Código de P.P. (folios 242—C. 1o.).

Al efecto, se fijó el edicto emplazatorio durante el término comprendido entre el 4 y el 27 de febrero de 1963.

No existe constancia de que se hubiera publicado ese edicto “por carteles fijados en lugares públicos de la localidad”.

En esta circunstancia se basa el primer cargo de la demanda, según quedó ya expresado.

Y no ha de prosperar, por las siguientes

razones:

No puede identificarse la presunta falta de la fijación de esos carteles con la de la notificación del auto de proceder al procesado. Si éste no comparece, basta con que se haga a su defensor. No es ésta, por lo tanto, una irregularidad que implique la existencia de una nulidad constitucional, ya que no ha incidido en el sentido de hacer manifiesta la violación del derecho de defensa del procesado, porque éste por medio de su defensor, nombrado al efecto, tuvo la oportunidad de defenderse con la asistencia de un abogado que llenó a cabalidad su cometido.

Y tampoco puede decirse que la falta de comparecencia se deba a la circunstancia en mención, porque estaba fijado el edicto, se expidieron múltiples órdenes de captura y Hernández, que había estado detenido, conocía la existencia de un proceso pendiente contra él.

La omisión referente a la publicación de los carteles no está consagrada como nulidad legal y, menos aún, puede elevarse a la categoría de suprallegal como lo pretende el demandante.

2o.— Cuando el demandante afirma que el auto de proceder de primera instancia no cumplió los requisitos de los artículos 158, 429 y 431 del C. de P.P., “pues no se demostró plenamente, ni siquiera por medio de un testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad o un indicio grave, que entre el autor material de la muerte de Osorio Agudelo y el procesado Salvador Hernández hubiera existido un acuerdo previo” y que “no está comprobado plenamente el cuerpo del delito”, se está atacando la prueba, es decir, esgrimiendo, para impugnar el fallo, una causal diversa de la alegada, causal que, por cierto, no tiene cabida en los juicios en que interviene el jurado.

Contra dicho auto ni contra el que lo confirmó, tiene validez el argumento de que en ellos no se encuentran las palabras sacramentales de “resultandos” y “considerandos”, porque si bien es cierto que el artículo 158 del C. de P. P. exige que se expresen concreta y separadamente, ésto se refiere a los fundamentos del auto que debe explicar lo que “resulta” de la investigación y lo que jurídicamente “se considera” como conclusión de aquellos resultados, sin necesidad de usar, precisamente, vocablos determinados y sacramentales.

2o. a). En los autos se analizan, como ya se viera, los elementos probatorios que comprometen al acusado Hernández y de ellos se concluye que fué considerado como “cómplice necesario” y como “coautor” del homicidio referido, y señalan como autor material a un individuo, Jesús Castaño, ya fallecido cuando se dictaron aquellas providencias; circunstancia que explica la poca detención de los juzgadores en el tema de la autoría material.

3o. Aparece que el auto del Juzgado lo llama “cómplice necesario” y el confirmatorio, que lo fué “en todas sus partes” de aquél, habla de “coautor”, como también que en el cuestionario del Jurado se interrogó si Hernández “había tomado parte, con el propósito de matar, en la muerte causada a Juan de Jesús Osorio”, pero este uso de palabras diversas, no implica error en lo relativo a la denominación jurídica de la infracción como lo afirma el abogado recurrente.

Porque la denominación jurídica de una infracción es cosa bien distinta de la calificación del grado de participación de una persona en aquel ilícito. La primera consiste en la que le da el Código de una manera genérica, y la segunda, sin prescindir de la primera, encasilla, por así decirlo, a un sujeto activo del delito en su calidad de autor material, coautor, cómplice necesario o cómplice no necesario.

No encaja, pues, lo alegado en el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P., por lo cual cabe decir que no existe la nulidad legal invocada.

Esto de un lado. De otro, aunque se haya llamado a Hernández “cómplice necesario” o “coautor” o se haya dicho que tomó parte en la ejecución del hecho, “esa inadecuada calificación —no de la denominación genérica del ilícito sino de la calidad del partícipe— no acarrea o tiene efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámesele coautor o cómplice necesario”. La complicidad necesaria equivale a la coautoría, en el aspecto antes dicho, y ambas a “tomar parte en la ejecución del hecho” —que fué lo preguntado al Jurado—, caso también diverso a la cooperación en la ejecución de que trata el artículo 20 del C. Penal.

No prospera, pues, este cargo.

II. Queda demostrado con la anterior

argumentación que no hubo una discordancia entre el auto de proceder y el cuestionario del Jurado, por lo cual cabe rechazar la causal segunda invocada que es la tercera de la ley: "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Con toda razón dijo el colaborador, refiriéndose a esta causal: "La argumentación que trae la demanda para fundamentar la impugnación a la sentencia es la misma expuesta en relación con la causal de casación invocada en el punto anterior, es decir, la disonancia de la sentencia con el auto de proceder debido a que el cuestionario sometido al Jurado no se redactó conforme al pliego de cargos. Se trata por lo tanto de una petición de principio y para replicar al actor nos remitimos a lo dicho. . .".

Mejor aún, se trata de acomodar una misma razón a la fundamentación de dos causales diferentes; la 4a. y la 3a.

Tampoco prospera el cargo.

III. El demandante alega la causal 5a. que se aplica "cuando la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Basta leerlo con algún cuidado para rechazar el cargo.

Copiado el veredicto y narrados los hechos, en un capítulo que se denomina "La Prueba" se habla de como está demostrada, en primer lugar, la materialidad de la infracción. En segundo término, se dice que "las pruebas demostrativas de la responsabilidad" son las analizadas en el auto de vocación a juicio y en qué consisten. Hay un estudio de la audiencia y en él "desarrollo del veredicto" se recapitula, con preciso criterio, el estudio de todas las probanzas y elementos de juicio, reproduciendo, además, apartes del fallo de primera instancia, para concluir en que el Juri hizo bien en desestimar la coartada urdida por el procesado Hernández y fundó su veredicto afirmativo en una convicción cimentada en testimonios dignos y veraces (folios 343 a 356).

No escatimó, tampoco, analizar la aplicación del derecho (folio 356).

Es infundado el motivo de impugnación alegado en esta parte.

IV. La última causal alegada, o sea la violación de la ley penal, no aparece demostrada.

En efecto, comienza el impugnador comentando la falta de prueba, las notificaciones ya conocidas y la atribución de premeditación y motivos innobles y bajos para concluir que se violó el artículo 363 del C. Penal, "por cuanto lo aplicó en un juicio viciado de nulidad", lo que constituye una confusión de causales, ambas creadas con efectos diferentes y sin relaciones entre sí.

Insiste en la violación de la ley por lo relativo al cambio que —afirma— se realizó al proponer al Jurado el cuestionario, lo que no pasa de ser sino una repetición de lo antes argumentado y una nueva confusión de las causales primera y cuarta.

Repite que no hay prueba y que la sentencia acusada no la da y que a ésta le faltaron muchos presupuestos de hecho y de derecho.

Pero no concreta violación de la ley penal ni directa ni indirectamente como consecuencia de la causal segunda.

No se encuentra, por tanto, asidero técnico para estudiar este motivo de censura a la sentencia.

FALLO.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia ameritada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Costa, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz., *Secretario.*

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS.

La Sala de Casación Penal de la Corte también dictó, durante los meses de abril, mayo y junio de 1966, las siguientes sentencias, que no se publican en la presente edición de la GACETA, en consideración al reducido espacio de que se dispone para ello:

Recurrente	Fecha	Magistrado Ponente
Antonio Ramírez García	12 de abril/66	Dr. Osejo Peña
Jesús Antonio Alfonso	14 de abril/66	Dr. Osejo Peña
Manuel Jaramillo U.	18 de mayo/66	Dr. Barrera Domínguez
Luis E. Martínez	13 de junio/66	Dr. Zambrano
Alfonso Burgos	20 de junio/66	Dr. Moreno Mosquera

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de jurisprudencia de esta Sala a cargo del Relator
Judicial, doctor EUSEBIO CABRALES PINEDA.



RECURSO DE HOMOLOGACION

Inexequibilidad parcial del Art. 41 del fallo arbitral que dirimió el conflicto surgido entre la Colombian Petroleum Company y el Sindicato de Trabajadores de la misma.— Exequibilidad de las demás disposiciones del laudo acusado.

1.— Si se llegare a estimar antitécnica o perniciosa la reforma de 1.954 sobre prórroga indefinida de las convenciones denunciadas "hasta tanto se firme una nueva convención", mientras este sistema siga incorporado en la legislación servirá de respaldo a las decisiones arbitrales que se limiten, como en el caso de autos, a mantener o refrendar una situación convencional de reconocida licitud.

2.— Según el Código Laboral, "en los trabajos que se realicen en lugares alejados de centros urbanos" (Art. 314) "las empresas de petróleo deben suministrar a sus trabajadores, en los lugares de exploración y explotación, alimentación sana y suficiente o el salario que sea necesario para obtenerla, de acuerdo con su precio en cada región; la alimentación que se suministre en especie se computará como parte del salario y su valor se estimará en los contratos de trabajo, en las libretas o certificados que expida el patrono" (Art. 316). Y es a la luz de este precepto como debe estudiarse el aludido régimen anterior a 1.965, que el laudo de ese año (como los de 1.960 y 1.963) mantiene y prohija.

La disposición transcrita no prohíbe a los empresarios petroleros dar en venta a sus trabajadores las raciones alimenticias, como sostiene el sindicato. Les impone una obligación claramente alternativa: o el suministro directo de la alimentación ("en especie... como parte del salario"), o el pago en efectivo de "el salario que sea necesario para obtenerla". Cohonestadas ambas modalidades salariales por la ley, el escogimiento de cualquiera de ellos por el deudor (a quien corresponde la elección, a falta de estipulación en contrario (Art. 1557 del C.C.), o por los contratantes (convención), o por un acto válido que sustituya el acuerdo de las partes (arbitraje), tiene que reputarse lícito, pero la prestación elegida, especie o dinero, se deberá en los términos precisos de la ley. Por lo tanto, si se escoge el primer miembro de la alternativa, la alimentación que el empresario suministre ha de ser "sana y suficiente" y si escoge el segundo, la cuantía de la cuota en efectivo destinada a obtener una alimentación de tal clase estará determinada por el precio corriente en el mercado local, cuando la empresa no la ofrezca en venta a uno inferior, o

por este último cuando la empresa prefriere utilizar así la autorización concedida a los patronos en general para la venta de "mercancías o víveres" a sus trabajadores bajo ciertas condiciones (Art. 137, CST). En todos esos eventos, la estricta equivalencia entre la especie (alimentación sana y suficiente) y el dinero "necesario para obtenerla", es requisito ineludible. Si la norma legal que se analiza habla, con aparente impropiedad, de "la alimentación que se suministra en especie", es para significar que esa misma alimentación (vale decir, su equivalente) puede suministrarse en dinero. Luego al mencionar "el salario que sea necesario para obtenerla" no quiso referirse al salario mínimo ni al básico, con los cuales el trabajador debe "subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural", según el Art. 145 del código, aparte de su propia manutención; sino a un salario especial o, más-exáctamente, a una cuota suplementaria del salario con aquella destinación específica.

3.— Para fijar el alcance de la enmienda laboral de 1.965 en cuanto al campo de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, conviene destacar que el Decreto 2351 de ese año, en sus artículos 37 y 38, sustituyó el ordenamiento contenido en el Art. 2b. del Decreto 18 de 1.958 ("La convención colectiva de trabajo que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados") por el que había venido presidiendo la contratación colectiva desde 1.944 hasta entonces (Decreto 2350 de 1.944, Art. 24; ley 6a. de 1.945, Art. 46; C.S.T., Arts. 470 y 471 originarios). Y aunque fue un retorno a la fuente, su conveniencia parece incuestionable. Porque entre los dos sistemas, el de que la convención colectiva se aplique, al igual que la ley, a todos los trabajadores respectivos, y el de que se aplique solamente, como los contratos de derecho privado, a quienes la han pactado, no cabe duda de que el primero, y no el segundo, es el que se acomoda a la concepción dominante en los países más avanzados y se sitúa en la línea de progreso de las instituciones jurídicas laborales.

Precisamente porque se trata de un regreso al primitivo texto del código, que a su turno reproducía el pertinente de la ley 6a. de 1945,

el entendimiento que ha de darse al aludido artículo 38 del Decreto No. 2351 de 1.965 es el mismo que los sindicatos, los empresarios, los intérpretes, los árbitros y la jurisprudencia les dieron a aquellos preceptos anteriores concebidos en iguales términos. Y aunque entonces como ahora de nuevo, se dijo que las normas de la convención celebrada por un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de una empresa, se extienden a todos los trabajadores de la misma, "sean o no sindicalizados", ese todos se tomó apenas como enfático, referido al aspecto sindical, para evitar cualquier tratamiento discriminatorio de los trabajadores que se fundara en la circunstancia de estar o no afiliados al sindicato pactante. Pero de allí nunca se dedujo que las estipulaciones de la convención colectiva (o las decisiones arbitrales que las reemplazan, en su caso) tuvieran que ser idénticas para todos los trabajadores y aplicárselos a todos en la misma forma o medida, sin consideración a su rango jerárquico, a su antigüedad en el servicio, a las peculiaridades de cada labor, a la diversidad de las regiones en donde están ubicados los distintos establecimientos, fábricas, sucursales o agencias, a los niveles de remuneración, al grado de productividad de cada cual, etc. Si así fuera, la contratación colectiva perdería una de sus más preciosas cualidades, de importancia decisiva para su prosperidad y porvenir: la capacidad de adecuación a las necesidades y modalidades de cada empresa, de cada oficio, de cada actividad, de cada región, de cada circunstancia económica, financiera o monetaria, de cada episodio social. Pues su flexibilidad y adaptabilidad, junto con el conocimiento personal que de la materia específica de cada estipulación tienen los contratantes, es lo que hace de la convención normativa un instrumento de mayor eficacia y precisión que la ley general para regir las relaciones laborales en los grandes núcleos de trabajo.

4.— El concepto de limitación o tope implica el de exclusión. Si, por ejemplo, se acuerda el suministro de alimentos para los que trabajen de noche o en un determinado campamento, quedan excluidos los trabajadores diurnos o los de los otros sitios de labor; y si se pacta una bonificación o subsidio a quienes ganan menos de dos mil pesos mensuales, se excluye a los de salarios superiores. Este tipo de estipulaciones, apoyadas en motivos jerárquicos, técnicos, económicos o de organización laboral, lejos de contrariar la naturaleza de las convenciones colectivas le son consustanciales, por lo que debe desecharse la interpretación legal que conduzca al absurdo de proscribirlas. Pues la generalidad que se predica de las convenciones normativas de condiciones de trabajo es la misma de la ley laboral, cuyo imperio se extiende a todo el territorio de la República y a "todos sus habitantes" (CST, Art. 2o.), pero, respecto de cada uno de éstos en particular, sólo del modo que la propia ley provea, con sus

graduaciones, limitaciones y excepciones, al punto que a quienes el precepto excluye se les está aplicando a cabalidad cuando tal circunstancia se declara. En cambio, puede presentarse otro tipo de estipulaciones (o de disposiciones arbitrales, en su caso) que conlleven limitaciones o exclusiones vitandas: las que obedezcan a propósitos de discriminación racial, política, religiosa o sindical, por ejemplo. Su nulidad será flagrante, pero no porque infrinjan el ordenamiento de que la convención se extienda a todos los trabajadores, sino por violar principios medulares de las instituciones democráticas y normas positivas de superior estirpe.

Si, como queda expresado, la estipulación contractual o disposición arbitral que excluye de determinados beneficios a un sector de los trabajadores no es intrínsecamente ilegal, por el solo hecho de la exclusión prevista, pero puede serlo en razón de sus motivos determinantes, cualquier pronunciamiento judicial en un caso concreto requiere el examen de las pruebas relacionadas con tales motivos.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., abril quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

En junio de 1.965 el Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company, SIDELCA, presentó a la Compañía un pliego de peticiones enderezado a reemplazar el Laudo Arbitral de 9 de julio de 1.963, oportunamente denunciado por las partes. Por haber fracasado las negociaciones directas y el intento de conciliación, el Ministerio del Trabajo convocó el respectivo Tribunal de Arbitramento —por tratarse de un conflicto colectivo en actividades declaradas de servicio público— cuyo fallo, proferido el 9 de diciembre de 1.965, ha sido recurrido en homologación por ambos contendientes. Siguiendo el orden cronológico de la interposición de los recursos, la Sala examinará primero el de la Compañía y luego el del Sindicato.

IMPUGNACION DE LA COMPAÑÍA

La Colombian Petroleum Company persigue la anulación de los artículos 2o. y 52 del fallo, aquél sobre utilización de contratistas independientes y éste sobre vigencia del aumento de salarios.

En cuanto al artículo 2o., la Compañía

limita sus reparos al inciso que reza:

“No podrán realizarse a través de contratistas “independientes las actividades a que se refieren los Arts. “16, 46, 69, 70, 81 y 112 del laudo de 1960, pactadas entre “las partes como servicios directos que debe prestar la empresa a los trabajadores”.

Del cual dice que es violatorio de la prohibición contenida en el Art. 458 del CST porque los árbitros, al restringir la libertad patronal de utilizar contratistas independientes, afectan derechos o facultades reconocidos por la Constitución (Arts. 30 y 32), el Código Civil (Arts. 15, 16, 669 y 1602) y el Decreto 284 de 1.957, sobre garantías de la propiedad privada, intervención estatal en las empresas, autonomía de la voluntad para contratar y régimen laboral de los trabajadores de contratistas independientes en las actividades petroleras.

Y por lo que atañe al Art. 52 del fallo recurrido, sostiene la Compañía que éste le da al aumento de los salarios una retroactividad de cinco meses, contra lo preceptuado por el mismo Art. 30 de la Carta y los Arts. 16, 458, 461, 467 y 479 del CST.

Se considera:

I—CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

1.— En el Art. 3o. del pliego de peticiones solicitó el Sindicato:

“Colpet suprime de manera definitiva la utilización de contratistas para la realización de cualesquiera labores, y en tal virtud, asumirá directamente, a partir de esta fecha, tal realización de labores, siempre que éstas sean esenciales y propias de los ramos industriales de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos, derivados, gas o cualquier hidrocarburo, que corresponden a la enumeración y relación contenidas en la Resolución 644 de 1.959, dictada por los Ministerios de Trabajo y de Minas y Petróleos. Se entiende que quedan comprendidas todas las labores correspondientes a actividades que Colpet ha venido desarrollando, o a servicios que ha venido prestando, aunque no aparezcan detalladas o relacionadas en la citada Resolución 644 de 1.959. COLPET reconoce que existe y que ha existido siempre, unidad de empresa entre ella y todos y cada uno de

sus contratistas independientes y/o subcontratistas”.

2.— La correspondiente motivación del Tribunal de Arbitramento es de este tenor: “CONTRATISTAS.— Otro de los aspectos más debatidos entre las partes viene siendo desde hace más de un lustro el problema de los contratistas. Este asunto fue estudiado cuidadosamente tanto por los Arbitradores de 1.960 como por los de 1.963, y aunque en el presente conflicto los trabajadores querían una mayor restricción y la empresa la abolición de las que venían rigiendo, el Tribunal se pronuncia por mantener lo existente, que ha venido funcionando por espacio de 5 años y que la Corte en sentencia de la Sala de Casación Laboral de 31 de octubre de 1.963 declaró exequible”.

3.— El texto a que alude el Tribunal, tomado del Laudo de 1.963, corresponde al Art. 2o. del mismo, concebido así:

“No podrán realizarse a través de contratistas las actividades a que se refieren los artículos 16, 46, 69, 70, 81 y 112 del Laudo de 1.960, pactadas entre las partes como servicios directos que debe prestar la Empresa a los trabajadores, *ni las mencionadas en las cláusulas XII y XIII del contrato, Chaux—Folson, cuya realización a través de contratistas impliquen abandono o enajenación de materiales, maquinarias y elementos de trabajo, objeto de la reversión*”.

4.— Contra esa decisión de los árbitros de 1963, la Compañía interpuso recurso de homologación que condujo a su examen integral por la Corte, a la anulación de la parte subrayada en la transcripción y a la declaración de exequibilidad de lo demás, según sentencia de 31 de octubre del mismo año. Ahora bien: el Laudo de 9 de diciembre de 1.965, objeto del presente ataque, se limitó a reproducir literalmente la norma arbitral de 1.963 sobre contratistas, tal como fue declarada exequible por la Corte en la sentencia aludida, y a suprimir la parte que ésta había anulado.

5.— De ahí que los argumentos expuestos ahora por la sociedad recurrente, contra el artículo 2o. del laudo de 1.965, sean los mismos con que en 1.963 atacó idéntica decisión de los árbitros de entonces. Por lo que basta igualmente, para su refutación, copiar lo que la Corte redarguyó en esa

oportunidad:

“El laudo no desconoce la propiedad privada de los bienes de la empresa ni vulnera ninguno de los derechos adquiridos por ella con justo título, ni menos consuma una expropiación, ni consagra la intervención del Estado (que no es parte en este negocio), en la explotación de la industria del petróleo que lleva a cabo la Colombian Petroleum Company. Tampoco limita la libertad de contratar con intermediarios, respecto de actividades distintas a las que la propia empresa ha aceptado prestar directamente, de acuerdo con los artículos pertinentes de los laudos de 1960 y 1963.

“En cuanto a esa libertad, no es exacto que los empleadores, y menos los que prestan un servicio público, puedan ejercerla como a bien lo tengan, sino, al contrario, sometidos a las restricciones que las leyes laborales establecen, en desarrollo, precisamente, del artículo 32 de la Carta que ordena ‘dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho’.

“... Por lo que hace a los artículos 669 del Código Civil, que define el derecho de propiedad, 15, 16 y 1602, ibidem, que tratan, sucesivamente, de la renuncia de los derechos conferidos por las leyes, de la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres y del efecto de ley que para los contratantes tienen los convenios que celebren legalmente, observa esta Sala que a virtud del artículo 30 de la Constitución, que asigna a la propiedad una función social, se ha operado entre nosotros la relativización de la propiedad privada, ‘en el sentido de que ha cesado de ser un derecho absoluto, esto es, jurídicamente inexpugnable, tal como lo consignaba primitivamente nuestro Código Civil’, según lo sostuvo la Corte en sentencia de Sala Plena del 10 de marzo de 1938.

“Ya no es posible disponer de la propiedad como a bien se tenga, sino que su uso y goce debe sujetarse al imperativo de las necesidades y conveniencias sociales, conforme a la ley.

“Así, por ejemplo, las empresas de servicio público no pueden suspender ni paralizar labores sino mediante permiso del Gobierno, el cual, cuando se presenta de hecho la suspensión, está autorizado para asumir la dirección de aquéllas y tomar todas las providencias necesarias para restablecer los servicios suspendidos y garantizar su

mantenimiento, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 464 y 465 del CST.

“La regla general, con mayor razón en materia laboral, no es tanto la de que pueda hacerse todo lo que no esté prohibido, sino la de que sólo se permita aquello que consulte las necesidades sociales y ‘la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores’, como lo reclama el artículo 10. del CST.

“Igual cosa ocurre con la estructuración del contenido del contrato de trabajo, que ya no resulta del libre juego de la voluntad de las partes, sino que, dado el carácter de orden público que revisten las normas de trabajo, las estipulaciones deben convenirse ‘dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social’, y se entienden incorporadas en ellas, además de las normas vigentes en el momento de celebrarse el contrato, las que se consagren en posteriores leyes o convenciones o pactos o fallos arbitrales, en cuanto sean más favorables al trabajador.

“Por lo expuesto, se llega a la conclusión de que el artículo segundo del laudo acusado no viola el artículo 458 del CST. en relación con los artículos 30 y 32 de la Constitución Nacional; 669, 15, 16 y 1602 del Código Civil; el Decreto extraordinario 284 de 1957 y la Resolución 0644 de 1959. Por lo tanto, se le declarará exequible, menos en la parte atrás indicada, relativa a las cláusulas XII y XIII del contrato Chaux-Folson”.

6.— Sin que resulte impertinente añadir que, aún si se llegare a estimar antitécnica o perniciosa la reforma de 1954 sobre la prórroga indefinida de las convenciones denunciadas “hasta tanto se firme una nueva convención”, mientras este sistema siga incorporado en la legislación servirá de respaldo a las decisiones arbitrales que se limiten, como en el caso de autos, a mantener o refrendar una situación convencional de reconocida licitud.

II.—VIGENCIA DEL LAUDO.

7.— En cuanto al art. 52 del laudo de 1965, acusado también por la Compañía, es de este tenor:

“Artículo 52.— El artículo 125 del laudo arbitral quedará así:

“por cuanto las convenciones y laudos anteriores han establecido la periodicidad de los salarios por el término de un año, y el último período venció el 9 de julio de 1965, a

partir de esta fecha los salarios de todos los trabajadores al servicio de Colpet se entenderán aumentados en un quince por ciento (15 o/o) sobre el salario básico asignado a cada trabajador o devengado por éste, en la fecha anterior al 9 de julio de 1965. Para el cumplimiento de esta disposición, dentro de los 5 días a la fecha del presente laudo la compañía pagará a todos los trabajadores que se encuentren a su servicio, una bonificación equivalente al quince por ciento (15 o/o) del salario básico, desde el 9 de julio de 1965 hasta el 9 de diciembre de 1965, que se tendrá en cuenta para todas las liquidaciones de cesantía y demás prestaciones sociales que se causen con posterioridad a este laudo”.

8.— Para motivarlo, expresaron los árbitros:

“El Tribunal decreta un ajuste general de salarios básicos de un quince por ciento (15 o/o) que corresponde en parte al deterioro sufrido por el salario real y con el propósito de mantener el nivel previsto en la época en que fueron revisados últimamente los salarios.

“El Tribunal estima que el ordenamiento de salarios viene haciéndose por anualidades, es decir que los salarios se mantienen estabilizados por períodos de un año al vencimiento del cual según la costumbre establecida y acordada por las partes se revisan para acomodarlos a la constante elevación del costo de la vida, y restablecer el equilibrio alterado por las devaluaciones de la moneda.

“El Tribunal acoge la tesis del laudo de 1963 dentro del cual los trabajadores no pueden soportar solos los perjuicios de una dilación en el trámite de los pliegos y por tanto considera que los aumentos de salarios decretados deben hacerse a partir del 9 de julio de 1965 fecha del plazo del laudo arbitral.

“A este respecto se discutió como en otras ocasiones el viejo problema de la retroactividad, ya resuelto por los Tribunales de 1.960 y 1.963 con base en la jurisprudencia de la Corte que tiene plenamente definido que no hay para los patronos derechos adquiridos en cuanto a no pagar al trabajador la remuneración que le corresponde en derecho al expirar el término de duración para que fue pactada o instituida.

“Por tanto al establecer que el término de

los anteriores salarios expiró el 9 de julio de 1965 en virtud de lo dispuesto del laudo de 1963 y que los nuevos salarios deben regir por un año a partir de esta fecha no se está dando efecto retroactivo a la decisión sino simplemente regulando relaciones jurídicas que surgieron con anterioridad”.

9.— Para sustentar su acusación, después de reproducir algunas doctrinas de la Corte, acogidas en sentencias de 1949, 1961 y 1962, la Compañía agrega:

“El artículo 479, inciso 2o. del CST modificado por el Decreto 616 de 1954, artículo 14 dice que “formulada así la denuncia de la Convención Colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención”.

“Lo anterior indica que el período transcurrido entre la fecha inicialmente señalada como vencimiento de la Convención y la del nuevo estatuto que viene a reemplazarla, está cubierto mediante el expediente de la prórroga automática y no puede ser sustituido con el sistema de la retroactividad expresamente prohibido según el artículo 16 del CST”.

10.— La jurisprudencia de la Corte —Sala Laboral—, a que la sociedad recurrente se refiere fue rectificadada en varios fallos posteriores, de alguno de los cuales conviene reproducir los siguientes pasos:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala, predominante hasta el mes de abril del presente año, venía apoyándose primordialmente en el artículo 30 de la Constitución y en los artículos 467, 478 y 479—2 del Código Laboral.

“Se sostenía, en efecto, que siendo el objeto de la convención colectiva de trabajo (y del laudo de un tribunal obligatorio, que tiene el mismo carácter) el de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, constituyendo así una reglamentación nueva, una reforma de las relaciones anteriores, un nuevo estado para las partes, sus ordenamientos deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Se admitía la posibilidad de que las partes, en una convención, pactaran estipulaciones retroactivas en uso de la libertad contractual; pero se les negaba a los árbitros la facultad de volver hacia lo pasado con su fallo, que es una sentencia constitutiva, para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y

definitivamente concluidas. Todo ello con base en que la Carta garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos por normas posteriores.

“Se arguía, además, que la prolongación de la vigencia de la convención denunciada “hasta tanto se firme una nueva convención” según voces del Art. 279—2 del Código consolida entretanto las anteriores condiciones de trabajo, hasta el punto de que la petición encaminada a que el nuevo acto (convención o laudo) que deba reemplazar el precedente rija a partir de la expiración del primitivo plazo, entraña en el fondo una acción de declaración, es decir, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador.

“Un nuevo estudio del problema condujo a la Sala, en la sentencia arriba mencionada (de fecha 21 de abril de 1964), a conclusiones distintas. A los argumentos que entonces se expusieron, no sobra agregar, sin embargo:

“Inicialmente, desde el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6a. de 1945 hasta la expedición del Código Laboral de 1950, la fijación del término de duración y las causas y modalidades de su prórroga y de su denuncia, eran de la esencia de las convenciones colectivas de trabajo y, por lo mismo, de los laudos arbitrales que hicieran sus veces. Se entendía, además, que correspondía a las partes (o a los arbitradores en su caso) proveer, libre, pero ineludiblemente, sobre la vigencia de los ordenamientos normativos de los contratos de trabajo, sin otro límite que la Constitución. El Código, al instituir el plazo presuntivo de seis meses (Art. 477), las prórrogas semestrales automáticas (Art. 478) y el plazo máximo de dos años para los fallos de Tribunales obligatorios (Art. 461), cambió el sistema de temporaneidad esencial de las convenciones colectivas por el de duración presuncional, indefinidamente prorrogable por ministerio de la ley. Pero mantuvo todavía la posibilidad de su extinción por denuncia unilateral hecha por escrito, ante autoridad competente, dentro de los últimos sesenta días del plazo cursante: “Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta terminará a la expiración del respectivo plazo” (Art. 479 original).

“El Decreto 616 de 1954 introdujo en el sistema otro cambio todavía más radical, cuando sustituyó la disposición que acaba de

copiarse, por la que reza: “formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención (Art. 14. hoy 479—2 del Código). Quedó así implantada lo que han dado en llamar nuestros comentaristas la *convención eterna*, pues, basta que la parte favorecida con una norma convencional o arbitral se niegue a modificarla para que subsista indefinidamente, o, al menos, hasta la desaparición del otro contratante o la clausura de la empresa. Si (en tratándose de estipulaciones económicas, cuya persistencia debe condicionarse a situaciones previsibles) la innovación fue plausible o nó; si la perspectiva de una duración indefinida del convenio de intereses facilita o dificulta la negociación colectiva, son aspectos que no corresponden a la Sala examinar. Lo importante es destacar que éste es actualmente el régimen legal.

“Pero sea de ello lo que fuere, los antecedentes anotados sirven para poner de manifiesto la diferencia entre el *término*, propiamente dicho, de la convención o el laudo (ya sea el inicial, o el que resulte de las prórrogas automáticas semestrales, a falta de la denuncia, pues la omisión de esta última es también una expresión de voluntad), y la prolongación provisional ordenada por el Decreto 616 de 1954, respecto a las convenciones y laudos oportunamente denunciados por cualquiera de las partes, la institución de la denuncia, que el Código conserva, debe tener alguna eficacia. Antes de 1954, élla bastaba para ponerle fin a la situación preexistente. Después de 1954, ya no es bastante, pues se requiere que además sobrevenga una nueva convención (o un nuevo laudo, en su caso). Sin embargo, no ha dejado de ser lo que siempre ha sido: la manifestación inequívoca de una protesta contra lo existente, la expresión de un claro propósito de modificar las condiciones en vigor.

“No puede ser entonces una misma la solidez, la intangibilidad de la convención colectiva no denunciada (y por tanto prorrogada con la anuencia de los contratantes) y la de la convención oportunamente denunciada por una de las partes o por ambas. El *status* provisorio, establecido por el Decreto de 1954, es esencialmente efímero, ya que carece del respaldo de uno de los pactantes, cuando

menos: el denunciante.

“Todas las razones que sirvieron de soporte a la anterior jurisprudencia sobre la materia, conservan su validez en relación con el plazo, fijo o presuntivo, de la convención o el laudo. La fuerza obligatoria del pacto o de la decisión arbitral durante ese plazo no puede ser desconocida por ninguna de las partes, y su reforma sólo sería viable por la concurrencia de ambas voluntades. La ineptitud de la ley o de la sentencia arbitral para invadir el pretérito contractual y producir efectos sobre situaciones lícitamente definidas en aquel plazo, siguen siendo incuestionable. La inviolabilidad de los derechos adquiridos con justo título (y es justo título la convención o el laudo, por el término previsto) continúa tutelando el comercio jurídico.

“Pero, respecto del interregno, de ese vago período que se extiende entre el vencimiento del plazo de la convención o laudo oportunamente denunciados y la expedición del acto que deba reemplazarlos, sería excesivo hablar de “derechos adquiridos” o de “situación consolidada”. En virtud de la denuncia, quien la formula advierte a la contraparte que sólo se conforma con las normas preexistentes hasta el último día del plazo señalado; ni un día más allá; por eso pide su cambio. No puede haber sorpresa vitanda por ninguna modificación que afecte ese lapso. La denuncia no hacía sino anunciarla o exigirla. Y, si, por tratarse de conflictos colectivos de intereses, y no jurídicos, el laudo arbitral llega a invadir, total o parcialmente, el *status* económico provisorio, tampoco resultaría apropiado hablar de que se afecte el “derecho adquirido” a no pagar ni un centavo más de lo que estuvo previsto que se pagara durante el plazo señalado por la convención o el laudo denunciados. El arbitrador, en este evento, no podrá obedecer sino a los dictados de la equidad; apreciar las necesidades de los trabajadores y la capacidad financiera de los empresarios; tomar en cuenta el grado de responsabilidad de cada una de las partes en la prolongación injustificada de la negociación colectiva o de los trámites del arbitramento; estudiar el *petitum* sindical, y decidir razonablemente sobre la fecha inicial de las nuevas condiciones de trabajo, sin afectar, desde luego, el verdadero plazo, fijo o presunto, de la convención o laudo que fuere

objeto de la oportuna denuncia”.— (Homologación de diciembre 16/1964. Sindicato de Trabajadores Municipio de Sonsón).

IMPUGNACION DEL SINDICATO

El recurso del Sindicato se dirige contra el Art. 41 del laudo, en cuanto fija precios para la alimentación que la Compañía vende a sus trabajadores, en vez de ordenar el suministro gratuito de la misma; contra el inciso final del párrafo del Art. 53, que excluye de determinados beneficios convencionales a algunas categorías de asalariados, y contra la omisión de cualquier decisión sobre el pago por la Compañía de la media cuota sindical correspondiente al personal no sindicalizado.

Del Art. 41 se afirma que es violatorio del Art. 316 del CST; del párrafo del 53, que infringe el Art. 38 del Decreto No. 2351 de 1965, y de la omisión atribuída al Tribunal, que contraría lo previsto en el Art. 143 del mencionado Código Laboral.

SE CONSIDERA:

III.—SUMINISTRO DE ALIMENTACION

a).— El Art. 85 del fallo arbitral de 1963, copia literal del 83 del laudo de 1960, dispuso:

“El precio de la alimentación y el valor de la prima de campo serán reajustados en la forma siguiente: cuatro pesos (\$4.00) para los trabajadores no clasificados (obreros) y cuatro pesos con veinticinco centavos (\$4.25) para los trabajadores clasificados (empleados, oficinistas y capataces).

“Para compensar el aumento en los precios de la alimentación la “prima de campo” será aumentada en los mismos sesenta y cinco centavos (\$0.65), quedando así en la suma de tres pesos con veinticinco centavos (\$3.25) por día, que se computará para todas las prestaciones sociales, salvo la liquidación de recargos nocturnos, horas extras, dominicales y días feriados.

“Tendrá derecho a esta prima todo trabajador del rol diario de la Concesión Barco y cualquiera otra Concesión donde la Empresa tenga establecido servicio de comedores. Los trabajadores del rol mensual tendrán derecho a esta prima cuando reciban sus alimentos en el comedor de “Oficinistas y Capataces”.

“Todos los trabajadores que reciban alimentación en los comedores de la Empresa y empiecen o cumplan jornada en horas de la noche, tendrán derecho a “cena” sin costo adicional y que no formará parte del salario, en estos mismos comedores.

“Además la Empresa seguirá dando el llamado medio lunch a los trabajadores, en los casos y circunstancias en que ahora lo suministra.

“Parágrafo.— Cuando por razón del sitio en donde se encuentra laborando un trabajador, la Empresa no pudiere transportarlo a su hogar, a la hora del almuerzo, ésta le venderá el almuerzo al precio que rija para los trabajadores que toman sus alimentos en los comedores de la Compañía. (Fallo 1960)”.

b).— Para reemplazar estas normas, propuso el Sindicato en su último pliego de peticiones:

“70.— COLPET suministrará gratuitamente a los trabajadores asignados a prestar sus servicios o que laboren en Tibú, Cicuco, Río de Oro o cualquier sitio de exploración o explotación de petróleo o gas, como parte del salario, alimentación sana, suficiente y bien sazónada. Para efectos de liquidar prestaciones e indemnizaciones, la alimentación se estima en veinte pesos (\$20.00) diarios.

“Los trabajadores que residan con su familia en el Barrio Barco de Tibú y que no tomen la alimentación en los comedores de la empresa, recibirán de ésta el valor de veinte pesos (\$20.00) diarios, que Colpet les pagará en el momento de pagarles el salario. Asimismo se hará con los trabajadores de Cicuco que actualmente no comen en los comedores de la empresa. Continuará vigente el artículo 86 del Laudo Arbitral, suprimiéndole el inciso segundo.

“71.— Los trabajadores a que se refiere la cláusula anterior recibirán de Colpet la Prima de Campo, que será de \$6.00 diarios, pagaderos con el salario ordinario.

“72.— Los trabajadores que empiecen o cumplan jornada en horas de la noche, tendrán derecho a cena. Además, la empresa seguirá dando el llamado medio lunch a los trabajadores, en los casos y circunstancias en que ahora lo suministra.

“Cuando por razón del sitio en donde se encuentra laborando un trabajador, la Empresa no pudiere transportarlo al lugar en que acostumbra tomar sus alimentos, Colpet

le hará llevar la comida correspondiente a donde se encuentre, oportunamente.

“73.— En sus comedores, Colpet suministrará gratuitamente la alimentación a los trabajadores, administrándolos directamente, como ha venido haciéndolo”.

c).— El Tribunal de Arbitramento decidió no acceder a la clara solicitud del suministro gratuito de alimentos por la Compañía a sus trabajadores, sino más bien conservar el régimen tradicional, consolidado por los fallos arbitrales de 1960 y 1963, pero aumentando en dos pesos diarios el precio de la alimentación y el de la “prima de campo”. Motivó así tal decisión:

“En término generales el presente laudo mantiene las determinaciones normativas de los laudos de 1960 y 1963 que constituyen una obra de sólida estructura jurídica y de probada equidad atemperando algunas de sus disposiciones a las necesidades actuales surgidas de los cambios en la situación económica general y de nuevas disposiciones legales”. . . “El Tribunal ha considerado indispensable elevar la cuantía de la prima de campo, que es parte del salario, y nivelarla con el precio de la alimentación”.

d).— En consecuencia, dispuso:

“ARTICULO 41.— El artículo 85 quedará así:

“El precio de la alimentación y el valor de la prima de campo serán reajustados en la siguiente forma: seis pesos (\$6.00) para los trabajadores no clasificados (obreros) y seis pesos con veinticinco centavos (\$6.25) para los trabajadores clasificados (empleados, oficinistas y capataces).

“Para compensar el aumento en los precios de la alimentación la prima de campo será aumentada en los mismos dos pesos (\$2.00), quedando así en la suma de cinco pesos con veinticinco centavos (\$5.25) por día, que se computará para todas las prestaciones sociales, salvo la liquidación de recargos nocturnos, horas extras, dominicales y días feriados.

“Tendrá derecho a esta prima todo trabajador del rol diario de la Concesión Barco y cualquiera otra concesión donde la empresa tenga establecido servicio de comedores. Los trabajadores del rol mensual tendrán derecho a esta prima cuando reciban sus alimentos en el comedor de oficinistas y capataces.

“Todos los trabajadores que reciban

alimentación en los comedores de la empresa y empiecen o cumplan jornadas en horas de la noche, tendrán derecho a cena sin costo adicional y que no formará parte del salario, en estos mismos comedores.

“Además la Empresa seguirá dando el llamado medio lunch a los trabajadores, en los casos y circunstancias en que ahora lo suministra.

“PARAGRAFO.— Cuando por razón del sitio en donde se encuentra laborando un trabajador, la Empresa no pudiere transportarlo a su hogar, a la hora del almuerzo ésta le venderá el almuerzo al precio que rija para los trabajadores que toman sus alimentos en los comedores de la Compañía”.

e).— Aunque, por el aspecto del suministro o venta de raciones alimenticias, como en lo atinente a la utilización de contratistas por la Compañía, el laudo acusado se limita a conservar o prorrogar el régimen convencional anterior, esta sola circunstancia no es óbice para examinar su licitud; pues ni el consentimiento de las partes durante largos años, ni las decisiones de varios tribunales de arbitraje que refrendaron el sistema en fallos sucesivos, alcanzarían a validar las normas impugnadas por el Sindicato si se las hallare violatorias de la ley. Ahora bien: según el Código Laboral, “en los trabajos que se realicen en lugares alejados de centros urbanos” (Art. 314) las empresas de petróleo deben suministrar a sus trabajadores en los lugares de exploración y explotación, alimentación sana y suficiente o el salario que sea necesario para obtenerla, de acuerdo con su precio en cada región; la alimentación que se suministre en especie se computará como parte del salario y su valor se estimará en los contratos de trabajo, en las libretas o certificados que expida el patrono” (Art. 316). Y es a la luz de este precepto como debe estudiarse el aludido régimen anterior a 1965, que el laudo de ese año (como los de 1960 y 1963) mantiene y prohija.

f).— La disposición transcrita no prohíbe a los empresarios petroleros dar en venta a sus trabajadores las raciones alimenticias, como sostiene el Sindicato. Les impone una obligación claramente alternativa: o el suministro directo de la alimentación (“en especie... como parte del salario”), o el pago en efectivo de “el salario que sea necesario para obtenerla”. Cohonestadas ambas modalidades salariales por la ley, el

escogimiento de cualquiera de ellas por el deudor (a quien corresponde la elección, a falta de estipulación en contrario—Art. 1557 del C.C.), o por los contratantes (convención), o por un acto válido que sustituya el acuerdo de las partes (arbitraje), tiene que reputarse lícito, pero la prestación elegida, especie o dinero, se deberá en los términos precisos de la ley. Por lo tanto, si se escoge el primer miembro de la alternativa, la alimentación que el empresario suministre ha de ser “sana y suficiente”; y si se escoge el segundo, la cuantía de la cuota en efectivo destinada a obtener una alimentación de tal clase estará determinada por el precio corriente en el mercado local, cuando la empresa no la ofrezca en venta a uno inferior, o por este último cuando la empresa prefiera utilizar así la autorización concedida a los patronos en general para la venta de “mercancías o víveres” a sus trabajadores bajo ciertas condiciones (Art. 137, CST). En todos esos eventos, la estricta equivalencia entre la especie (alimentación sana y suficiente) y el dinero “necesario para obtenerla”, es requisito ineludible. Si la norma legal que se analiza habla, con aparente impropiedad, de “la alimentación que se suministre en especie”, es para significar que *esa misma alimentación* (Vale decir, su equivalente) puede suministrarse en dinero. Luego al mencionar “el salario que sea necesario para obtenerla” no quiso referirse al salario mínimo ni al básico, con los cuales el trabajador debe “subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”, según el Art. 145 del Código, aparte de su propia manutención, sino a un salario especial o, más exactamente, a una cuota suplementaria del salario con aquella destinación específica.

g).— La decisión arbitral que se estudia no es, pues, violatoria de la ley por mantener el sistema tradicional de la venta de los alimentos por la Compañía, en vez del suministro directo como salario en especie. Pero sí en cuanto admite y reafirma un precio de venta de la ración alimenticia legalmente obligatoria, superior a la cuota de salario (“prima de campo”) destinada a obtenerla. Se hace expresa referencia a la ración “legalmente obligatoria” porque por encima del precio de ella podrá haber otros que correspondan al suministro de alimentos adicionales o de calidad especial; en todo

caso, a falta de prueba en contrario, se entiende que el precio mínimo previsto en una convención o laudo petroleros corresponde a la alimentación ordenada por la ley. Y esa prueba en contrario no aparece en los antecedentes documentales del presente fallo arbitral; más bien al folio 3 del cuaderno III consta que en la sesión del 23 de noviembre de 1965 el vocero de la Compañía expuso ante los árbitros: "Dice el representante de la empresa que los trabajadores solicitan que se eleve la prima de campo; la empresa rechaza esta petición y dice que esta prima se creó para compensar la alimentación", palabras que en vez de desvirtuar aquel entendimiento lo refuerzan. Tampoco podría la Sala investigar de oficio si la ración alimenticia de los trabajadores "no clasificados", cuyo precio sobrepasa el valor de la "prima de campo", excede en calidad o cantidad a la legalmente obligatoria, porque el recurso extraordinario de homologación debe resolverse de plano (arts. 142 y 143 del CPL). En consecuencia, la impugnación del Sindicato habrá de prosperar en el sentido indicado, cumpliéndose así la nivelación del precio mínimo de la alimentación con el monto de la prima de campo, anunciada por los árbitros al motivar el laudo pero no contemplada en sus decisiones (véase atrás, literal C). Tal nivelación implicará la reducción del precio mínimo de la ración alimenticia, y no el aumento del valor de la prima de campo más allá de los dos pesos diarios ordenados en el fallo arbitral, porque el control de la Corte, estrictamente jurídico, debe conservar en lo posible las soluciones económicas previstas por los árbitros.

IV.—EXCLUSIÓN DE ALGUNOS EMPLEADOS.—

H).— También acusa el Sindicato el parágrafo del art. 53 del fallo arbitral, que dice: "en cuanto a la extensión de los beneficios de que tratan los arts. 52 (bonificación) y 53 (aumento del 150/o del salario básico) del presente laudo, se aplicará lo dispuesto en el art. 3o. del laudo de 24 de agosto de 1964". El texto de la norma aludida es: "A los beneficios anteriores sólo tendrán derecho los trabajadores del rol diario y de los cinco primeros grupos del rol mensual, sin que quede excluido de estos beneficios ningún trabajador sindicalizado". Y arguye el recurrente que, por cuanto el art. 38 del

Decreto 2351 de 1965 ordena que la convención colectiva de trabajo se extienda a "todos los trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados", la exclusión de los asalariados clasificados en algunos grupos del llamado *rol mensual* resulta manifiestamente ilegal.

i).— Para fijar el alcance de la enmienda laboral de 1965 en cuanto al campo de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, conviene destacar que el Decreto 2351 de ese año, en sus artículos 37 y 38, sustituyó el ordenamiento contenido en el art. 2o. del Decreto 18 de 1958 ("La convención colectiva de trabajo que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados") por el que había venido presidiendo la contratación colectiva desde 1944 hasta entonces (Decreto 2350 de 1944, art. 24; Ley 6a. de 1945, art. 46; C.S.T., arts. 470 y 471 originarios). Y aunque fue un retorno a la fuente, su conveniencia parece incuestionable. Porque entre los dos sistemas, el de que la convención colectiva se aplique, al igual que la ley, a todos los trabajadores respectivos, y el de que se aplique solamente, como los contratos de derecho privado, a quienes la han pactado, no cabe duda de que el primero, y no el segundo, es el que se acomoda a la concepción dominante en los países más avanzados y se sitúa en la línea de progreso de las instituciones jurídicas laborales.

j).— Precisamente porque se trata de un regreso al primitivo texto del código, que a su turno reproducía el pertinente de la ley 6a. de 1945, el entendimiento que ha de darse al aludido artículo 38 del Decreto Nro. 2351 de 1965 es el mismo que los sindicatos, los empresarios, los intérpretes, los árbitros y la jurisprudencia les dieron a aquellos preceptos anteriores, concebidos en iguales términos. Y aunque entonces, como ahora de nuevo, se dijo que las normas de la convención celebrada por un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de una empresa, se extienden a *todos* los trabajadores de la misma, "sean o no sindicalizados", ese *todos* se tomó apenas como enfático, referido al aspecto sindical, para evitar cualquier tratamiento discriminatorio de los trabajadores que se fundara en la circunstancia de estar o no afiliados al sindicato pactante. Pero de allí nunca se dedujo que las estipulaciones de la convención colectiva (o las decisiones

arbitrales que las reemplazan, en su caso) tuvieran que ser idénticas para *todos* los trabajadores y aplicárseles a *todos* en la misma forma o medida, sin consideración a su rango jerárquico, a su antigüedad en el servicio, a las peculiaridades de cada labor, a la diversidad de las regiones en donde están ubicados los distintos establecimientos, fábricas, sucursales o agencias, a los niveles de remuneración, al grado de productividad de cada cual, etc. Si así fuera, la contratación colectiva perdería una de sus más preciosas cualidades, de importancia decisiva para su prosperidad y porvenir: la capacidad de adecuación a las necesidades y modalidades de cada empresa, de cada oficio, de cada actividad, de cada región, de cada circunstancia económica, financiera o monetaria, de cada episodio social. Pues su flexibilidad y adaptabilidad, junto con el conocimiento personal que de la materia específica de cada estipulación tienen los contratantes, es lo que hace de la convención normativa un instrumento de mayor eficacia y precisión que la ley general para regir las relaciones laborales en los grandes núcleos de trabajo.

k).— Por tanto, las normas de la convención colectiva pactada con un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del personal de la empresa, deben extenderse a todos los trabajadores de ésta, “sean o no sindicalizados”; pero respecto de cada uno, sólo en la forma y medida que aparezcan *lícitamente* estipulados, con sus modalidades, requisitos, limitaciones, topes y condiciones. Ahora bien: el concepto de limitación o tope implica el de exclusión. Si, por ejemplo, se acuerda el suministro de alimentos para los que trabajen de noche o en un determinado campamento, quedan excluidos los trabajadores diurnos a los de los otros sitios de labor; y si se pacta una bonificación o subsidio a quienes ganen menos de dos mil pesos mensuales, se excluye a los de salarios superiores. Este tipo de estipulaciones, apoyadas en motivos jerárquicos, técnicos, económicos o de organización laboral, lejos de contrariar la naturaleza de las convenciones colectivas le son consustanciales, por lo que debe desecharse la interpretación legal que conduzca al absurdo de proscribir las. Pues la generalidad que se predica de las convenciones normativas de condiciones de trabajo es la misma de la ley laboral, cuyo imperio se extiende a todo el territorio de la república y

a “todos sus habitantes” (CST, art. 2o.), pero, respecto de cada uno de éstos en particular, sólo del modo que la propia ley provea, con sus gradaciones, limitaciones y excepciones, al punto que a quienes el precepto excluye se les está aplicando a cabalidad cuando tal circunstancia se declara. En cambio, puede presentarse otro tipo de estipulaciones (o de disposiciones arbitrales, en su caso) que conlleven limitaciones o exclusiones vitandas: las que obedezcan a propósitos de discriminación racial, política, religiosa o sindical, por ejemplo. Su nulidad será flagrante, pero no porque infrinjan el ordenamiento de que la convención se extienda a todos los trabajadores, sino por violar principios medulares de las instituciones democráticas y normas positivas de superior estirpe.

l).— Si, como queda expresado, la estipulación contractual o disposición arbitral que excluye de determinados beneficios a un sector de los trabajadores no es intrínsecamente ilegal, por el solo hecho de la exclusión prevista, pero puede serlo en razón de sus motivos determinantes, cualquier pronunciamiento judicial en un caso concreto requiere el examen de las pruebas relacionadas con tales motivos. Y en los antecedentes documentales del fallo arbitral acusado no se encuentra demostración ninguna, ni siquiera un indicio, de que la exclusión dispuesta en el parágrafo único de su artículo 53 obedezca a móviles distintos de la preservación de una sana política salarial: favorecer especialmente los más bajos niveles de remuneración, aunque los más altos no se toquen. Por el contrario, según las actas del Tribunal la decisión de ese punto aparece adoptada por unanimidad, y se limita a conservar el tratamiento instaurado por un laudo anterior, el de 24 de agosto de 1964, contra el cual no hay constancia de haberse interpuesto en su época recurso alguno por la Compañía o por el Sindicato, circunstancias que refuerzan la presunción de buena fe.

V.—CUOTAS SINDICALES.—

m).— Por último, el Sindicato imputa a la sentencia arbitral en estudio la omisión de una decisión sobre la solicitud contenida en el art. 107 del pliego petitorio, referente al pago por la Compañía de las cuotas del personal no sindicalizado, como también de “la cantidad

de dinero equivalente a la mitad de la cuota sindical ordinaria, conforme a la última reforma estatutaria del Sindicato respecto de dicha cuota, liquidada sobre los salarios de todo el personal no sindicalizado, al cual se le venía haciendo el descuento de la media cuota desde antes de octubre de 1964, y por el tiempo transcurrido desde el 1.º de octubre de 1964 hasta la fecha del pago, deduciendo lo que Sidelca haya recibido durante ese período por concepto de media cuota”.

n).— El asunto de la “media cuota” de los trabajadores no sindicalizados estaba tratado conjuntamente con el de las cuotas sindicales en el art. 131 del laudo de 1963, así:

“La empresa continuará descontando de los salarios de los trabajadores sindicalizados el valor de las cuotas ordinarias y extraordinarias que decreta el Sindicato y la mitad de la cuota que pagan los demás trabajadores, todo lo anterior conforme a la Ley, enviando copia al Sindicato de las relaciones de dichos descuentos”.

o).— En el pliego de peticiones de 1965 el Sindicato separó dos temas, consignando en el art. 106 su aspiración sobre cuotas sindicales y en el 107, ya transcrito, lo de la “media cuota”. Y consta en el Acta N.º. 9 (f. 55, cuaderno III) que en la sesión del 3 de diciembre de 1965 el Tribunal de Arbitramento examinó ambos problemas para llegar por unanimidad a estas fórmulas: “El punto 106 del pliego, regirá el art. 23 del Decreto 2351 de 1965. El punto 107 del pliego quedará así: “La compañía descontará las cuotas de los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 del Decreto 2351 de 1965”. Ni en las actas subsiguientes aparece que se hubiera reabierto el debate sobre esos puntos, ni en la motivación del fallo arbitral se hace ningún comentario alusivo; no obstante lo cual, la decisión que figura como art. 56 es otra: “Continuarán rigiendo los arts. 130, 131 y 132 del laudo de 1963. El art. 131, modificado conforme al art. 23 del Decreto 2351 de 1965”. Sin embargo, la diferencia entre el texto acordado en las deliberaciones del Tribunal respecto de la petición 107 y la decisión que se acaba de copiar es apenas aparente, pues en la fecha de expedición del laudo (diciembre 9 de 1965) “la ley” vigente sobre la media cuota sindical a cargo del personal no sindicalizado era ya el art. 39 del

Decreto 2351 de ese año; de donde bastaba conservar el art. 131 del laudo de 1963 para que la referencia que allí se hizo a “la ley” pertinente, se entienda hecha a la nueva norma.

p).— En cuanto a la parte de la misma petición 107 en que se solicitaba un pronunciamiento de fondo sobre la pretendida deuda de la Compañía al Sindicato por valores retenidos o descuentos omitidos desde antes de la presentación del pliego, el fundamento de esa hipotética deuda habría de buscarse necesariamente en las leyes y laudos anteriores al que ahora se acusa; vale decir, que el debate sobre esa materia configura un conflicto de derecho, cuya acusación presupone un proceso regido por otras reglas y sometido a otra jurisdicción, extrañas a los tribunales especiales de arbitramento. Por lo mismo, cuando el acto oficial que convocó el Tribunal (Resolución 1644 de 1965, f. 7, cuad. I) habla del conflicto colectivo de trabajo” que éste debe decidir, no pueden entenderse involucrados en tal concepto los litigios exclusivamente jurídicos entre la Compañía y el Sindicato, derivados de hechos u omisiones preexistentes, aunque el pliego de peticiones los contemple, ni es aplicable al caso, en consecuencia, el ordenamiento contenido en el inciso final del art. 143 del C.P.L.

Revisado por los demás aspectos el laudo objeto del presente recurso, no se observa ninguna irregularidad. A mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.— No es exequible el artículo 41 del fallo arbitral acusado en cuanto el precio mínimo que le fija a la alimentación exceda del valor que le señala a la prima de campo, por lo cual de sus dos primeros incisos se anulan las expresiones: “en la siguiente forma: seis pesos para los trabajadores no clasificados (obreros) y seis pesos con veinticinco centavos para los trabajadores clasificados (empleados, oficinistas y capataces). Para compensar el aumento en los precios de la alimentación, la prima de campo será aumentada en los mismos dos pesos”. Por consiguiente se homologa el resto de dichos incisos, cuyo texto es:

“El precio de la alimentación y el valor de la prima de campo serán reajustados, quedando en la suma de cinco pesos con veinticinco centavos (\$5.25) por día, que se computará para todas las prestaciones sociales, salvo la liquidación de recargos nocturnos, horas extras, dominicales y días feriados”.

SEGUNDO.— Son exequibles los demás apartados del artículo 41 y las otras disposiciones de este laudo; se homologan por tanto.

Copia de la presente providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y ARCHIVASE EL EXPEDIENTE.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



VIOLACION INDIRECTA DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRIMA DE SERVICIOS, LAS VACACIONES Y LA CESANTIA

Condena a la demandada por concepto del saldo correspondiente a la reliquidación de las prestaciones antes enumeradas.— Pretendida violación indirecta, por falta de aplicación, del art. 65 del CST.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., abril veinticinco de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Está acusada en casación la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirma la de primera, del Juzgado 5o. Laboral de Bogotá, totalmente absoluta, en el juicio ordinario de trabajo de MARIA ELENA CASTAÑEDA contra MARGARITA CUÉLLAR. El acusador aspira a que, casada aquella providencia y revocado el fallo del *a—quo*, la Sala despache favorablemente las peticiones del libelo inicial, condenando a la Cuéllar a pagarle a la Castañeda determinados valores por cesantía, primas de servicio, vacaciones, “horas extras”, auxilio de maternidad, trabajo en domingos y otros festivos, indemnización del lucro cesante e indemnización por mora en la solución de lo debido.

No se discutió en las instancias, porque ambas contendientes lo aceptaron, que María Elena Castañeda prestó sus servicios personales a Margarita Cuéllar por varios años en un café de propiedad de ésta; pero mientras la segunda sostuvo que tales servicios correspondieron a varias relaciones laborales y que al extinguirse cada una de ellas le liquidó y pagó a su dependiente las prestaciones singularizadas en los finiquitos que exhibió, la primera dice que se trató de una sola relación y que firmó esos finiquitos en blanco, sin recibir sus valores, salvo el del último. Concluyó el debate probatorio, la litis fue resuelta en la forma ya indicada.

Un solo cargo formula el recurrente: “Acuso la sentencia —dice— de ser violatoria

por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación de los siguientes Arts. del C.S. del Trabajo, a saber: —249 que consagra la regla general sobre auxilio de cesantía, y 253 *ibidem*, sobre salario base para su liquidación en relación con los arts. 306, (Prima de servicios), 64 (Plazo presuntivo de trabajo), 127, 133, 134, 239, 186, Decreto 617 de 1954 derogatorio del art. 189 del C.S. del Trabajo, 173 y 177 de la misma obra, en relación con los textos 1625, 1626, 1657 del Código Civil y 65 del C.S. del Trabajo (Salarios caídos) sobre extinción de las obligaciones por pago, violaciones indirectas en que incurrió el fallador, por mala y equivocada apreciación de ciertas pruebas, que singularizaré, y que hicieron incurrir al sentenciador, en errores evidentes de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos. Error a que igualmente fue conducido el sentenciador, por la falta de apreciación de otra prueba y que puntualizaré en el desarrollo del cargo.

“La prueba no apreciada por el H. Tribunal consiste en las declaraciones de Renta y Patrimonio aportadas por la parte demandada, correspondientes a los años de 1958 y 1959, en que habla de prestaciones sociales, pagadas.

“Las pruebas equivocadas y malamente apreciadas por el H. Tribunal, son las siguientes:

“a).— Absolución de posiciones de la demandada Margarita Cuéllar (fol. 19 a 21).

“b).— Absolución de posiciones de la parte demandante María Elena Castañeda (fol. 58 a 62).

“c).— Las declaraciones de los señores Fabio Mesa Cano, Luis A. Garay, Luis Alberto Acosta Ramírez, Arsenio Borbón y Anselma Pedraza y por último Osorio A.

“Los errores de hecho consecuenciales fueron:

10.— No dar por demostrado, estándolo, que la trabajadora cumplió un tiempo de servicio desde el mes de noviembre de 1950 hasta el mes de diciembre de 1959;

20.— No dar por demostrado, estándolo, que el salario devengado por la demandante, en razón de los servicios prestados, fue el de \$145.00 moneda corriente, mensuales;

30.— No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo, fue roto unilateralmente, ilegal e intempestivamente, por parte de la demandada Margarita Cuéllar;

40.— No dar por demostrado, estándolo, que la actora María Elena Castañeda, trabajó durante el tiempo de servicios horas extras diurnas y nocturnas, y en la forma relatada en la demanda inicial, que también su labor se realizó durante todos los días festivos, nacionales y religiosos;

50.— Dar por demostrado sin estarlo y contra la evidencia de los hechos, que no se demostró el tiempo de servicio y el salario pactado;

60.— Dar por demostrado sin estarlo, que la ruptura del contrato de trabajo, sobrevino por espontánea voluntad de la actora, siendo así, que dicha ruptura fue provocada por iniciativa y actos de la demandada.

70.— Dar por demostrado, sin estarlo, y contra la evidencia de las pruebas que la parte demandada, cubrió las prestaciones e indemnizaciones laborales, a que tiene derecho la trabajadora, mediante la exhibición o presentación de las declaraciones de Renta y Patrimonio, aportadas a los autos así como los recibos de folios 53 a 57;

80.— Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada podía o pudo haber liquidado el pago parcial de diferentes prestaciones sociales, sin que se hubiera obtenido el correspondiente permiso de la autoridad competente.

90.— Dar por demostrado, sin estarlo, que la parte demandada, cumplió con la obligación de pagar la remuneración respectiva, sobre auxilio de maternidad, así como el pago de las horas extras, diurnas y nocturnas”.

SE CONSIDERA:

La decisión absolutoria impugnada fue motivada así:

“Figuran como medios probatorios varios testimonios, la absolución de posiciones tanto de la demandante como de la demandada, y entre las documentales, los recibos de folios

53 a 57, copia de la declaración de renta de la demandada y un libro de “cuentas corrientes”.

“Se solicitan en la demanda condenas referentes a cesantía, primas de servicio, presuntivo, vacaciones, horas extras, auxilio de maternidad, dominicales y festivos no pagados conforme a la ley, además la devolución de un cheque por la cantidad de \$100.00, indemnización moratoria y costas del juicio.

“De los diversos medios probatorios aportados a los autos, y de los cuales se han relacionado los principales, se deduce que entre demandante y demandada hubo una relación de trabajo, pero no se puede deducir si esa relación fue continua o tuvo vigencia en diversos períodos. De los testimonios, cuyo análisis hecho por el Juzgado acepta en líneas generales la Sala, no se puede inferir con precisión cuándo principió la relación de trabajo existente entre las partes, y por consiguiente cuál fue la duración de ella. Las declaraciones de Fabio Mesa Cano, Luis A. Garay y Luis Alberto Acosta Ramírez, no pueden tenerse en cuenta en orden a deducir los extremos de un contrato laboral. Igualmente puede decirse del libro de “cuentas corrientes” que contiene anotaciones fragmentarias e imprecisas.

“Si no se pueden deducir de los medios probatorios aportados al juicio los extremos del contrato de que se viene hablando, mucho menos podría deducirse con la precisión exigida para el caso, las horas trabajadas que se reclaman, ni los domingos y festivos que se dice trabajó la demandante, sin que se le hubieran remunerado conforme lo ordena la ley. Tampoco puede decirse que se haya establecido en autos el despido injusto.

“Figuran en el expediente unos recibos suscritos por la actora en los cuales aparece recibiendo cantidades diversas por concepto de salarios y prestaciones y aunque la demandante niega el contenido de tales documentos, al reconocer la firma, quedó reconocido el contenido, puesto que no se presentó prueba en contrario.

También aparece a folios 88 una certificación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en que consta que la actora estuvo hospitalizada del 8 al 11 de febrero de 1955, en su calidad de afiliada a dicho Instituto por la demandada, y sabido es que corresponde al Instituto el pago del subsidio diario equivalente al salario básico de la

trabajadora, en caso de maternidad, durante las cuatro semanas que preceden al parto y las cuatro que le siguen.

“En cuanto a la solicitud para la devolución de un chèque por la cantidad de \$100.00, no cabe dentro de un juicio como el presente”.

De los pretendidos “errores de hecho” que el impugnante le atribuye al sentenciador, el 1o. queda desvirtuado con la transcripción precedente, porque en el fallo se admite que “hubo una relación de trabajo” entre las litigantes, sin rechazarse que haya sido precisamente entre las fechas extremas afirmadas en la acusación; lo que no se da por demostrado es la continuidad del vínculo jurídico: “pero no se puede deducir si esa relación fue continua o tuvo vigencia en diversos períodos”. Circunstancia que era indispensable acreditar como presupuesto de las liquidaciones laborales reclamadas sobre la base de una sola relación laboral, en oposición a las liquidaciones fragmentarias de que dan cuenta los finiquitos firmados por la trabajadora. La discusión sobre la fecha inicial de los servicios de la Castañeda carece, por eso mismo, de importancia: Si fue el 3 de septiembre de 1953, como reza el primer finiquito, o el 2 ó 3 de noviembre de 1950, como aseveran los testigos Mesa, Acosta y Garay (simples clientes del café, que dicen recordar con tanta precisión la fecha después de nueve años sólo porque el primero de noviembre es la fiesta de Todos los Santos...), ello no incidiría en la decisión del pleito porque el lapso intermedio (1950 — 1953) quedaría cobijado por la prescripción invocada en la contestación de la demanda.

El 3o. y el 6o. versan sobre la ruptura del contrato. Para el sentenciador “tampoco puede decirse que se haya establecido en autos el despido injusto”. Para el casacionista, la evidencia del despido emerge de la respuesta afirmativa dada por la Cuéllar a la cuarta pregunta en posiciones; “Diga la absolvente cómo es cierto, sí o nó, que el sueldo que devengaba mi poderdante como copera del café La Bastilla... cuando fue retirada por la absolvente, era la suma de \$145.00 mensuales? — Contestó: “Sí es cierto”. Sin embargo, esa pregunta involucra, contra la prudente previsión del art. 613 del C. J., tres hechos distintos (el salario, el oficio y el despido), enfocando principalmente la atención de la absolvente hacia uno de ellos, la cuantía de la remuneración, y apenas

aludiendo en frase incidental a los otros dos. Así, la fuerza de la comentada confesión se debilita respecto de los hechos tocados tangencialmente; y al confrontar la aparente aceptación global de todo lo afirmado en la pregunta, con el rechazo enfático del despido en la contestación de la demanda y con las manifestaciones del deseo de retirarse que los testigos Anselma Pedraza y Martín Osorio dicen haberle oído a la Castañeda, bien pudo el sentenciador llegar a la conclusión que el fallo expresa como resultado de una convicción libremente formada.

El 4o., atinente al trabajo en horas extras y en domingos y festivos, no tendría más respaldo que los testimonios, notoriamente vagos al respecto, desestimados en la sentencia por no hallarse “verdaderamente satisfactorias” sus explicaciones; pues la aceptación por la Cuéllar de que el café “nunca se cierra” fue acompañada de una cualificación sobre “tres turnos” de trabajo que, si no aparece demostrada tampoco puede reputarse contraria a la evidencia. Además, el oficio de “cajera” del café, de que hablan los testigos Arsenio Borbón, Anselma Pedraza y Martín Osorio, aparece admitido por la propia Castañeda en algunos de los finiquitos y se conforma con la clase de anotaciones que ella confiesa haber hecho en el cuaderno auxiliar agregado al expediente. Todo lo cual cohonesto la absolución impartida por recargos correspondientes al trabajo suplementario, de conformidad con la previsión contenida en el literal a). del art. 162 del CST.

El 8o. se funda en un supuesto extraño a la sentencia; en ésta no se aceptan como parciales las liquidaciones de autos, sino como definitivas, el término de cada relación laboral, por lo que no era del caso pronunciarse sobre su autorización por cualquier funcionario.

Y el 9o., está edificado sobre una hipótesis contraria a la motivación del fallo, en donde no se da por demostrado el pago de las horas extras ni del auxilio de maternidad sino precisamente su falta de pago, justificada para lo primero en deficiencias de la prueba, como ya se ha visto, y para lo segundo en que esa prestación corre a cargo de los seguros sociales y no de los patronos (Ley 90 de 1946, art. 72).

Descartados, pues, esos pretendidos “errores de hecho”, quedan por examinar

sóloamente los enumerados en los ordinales 2o., 5o. y 7o. del escrito acusatorio, según los cuales el sentenciador no dió por probados el monto del salario y el tiempo preciso de servicios, aunque sí lo están de manera ostensible, porque apreció equivocadamente las posiciones absueltas por las litigantes y los finiquitos visibles a fs. 53 a 57 del cuaderno principal, y porque no tomó en cuenta las declaraciones de renta y patrimonio de la Cuéllar. Ahora bien: Esta última fue quien adujo en su defensa los mencionados finiquitos, suscritos por la Castañeda, quien a su vez los reconoció en estrados, con la cualificación de haberlos firmado en blanco, que no intentó siquiera demostrar. El de f. 53 se refiere a servicios "desde el 3 de septiembre de 1953 hasta el día 5 de febrero de 1955", y el de f. 54, de fecha 9 de agosto de 1956, a "un año de servicio", pero sin determinar ningún salario. Respecto de esos dos, no aparece desacertada la conclusión del sentenciador; fuera de que, tratándose de relaciones laborales definitivamente extinguidas, a juicio de éste, con anterioridad a 1957, las acciones correspondientes estarían cobijadas por la prescripción de que ya se habló. Pero el finiquito de f. 55 declara un sueldo mensual de \$ 100.00 y "un año de trabajo cumplido el 30 de septiembre" de 1957; el de f. 56 habla de "un año de trabajo cumplido el día 31 de octubre de 1958", para liquidar una cesantía de \$115.00 (de donde puede inferirse el monto del sueldo mensual, que coincide con lo afirmado por la testigo Anselma Pedraza, o tomarse el mínimo legal); y el de f. 56 vto., fechado el 24 de enero de 1960, se concreta a "un año y un mes de trabajo", último lapso de servicios de la actora, sabiéndose además, por la confesión de la Cuéllar en las posiciones atrás comentadas, que el último salario fue de \$145.00 mensuales. Por consiguiente, salta a la vista el error de la afirmación generalísima sobre que "no se pueden deducir de los medios probatorios aportados al juicio los extremos del contrato", hecha en el fallo recurrido sin el debido análisis. Error que condujo a la violación indirecta de las normas reguladoras de la prima de servicios, las vacaciones y la cesantía, citadas por el recurrente como no aplicadas, cuyos ordenamientos obligan a subsanar las deficiencias de las respectivas liquidaciones. El cargo prospera por los conceptos expresados.

Para fundar la decisión de instancia, se observa que en el primer período (1o. de octubre de 1956 a 30 de septiembre de 1957, un año) el sueldo básico fue de \$100.00 mensuales, pero además se pagaron a la actora \$167.16 por trabajo en festivos, o sea un promedio de \$13.93; a esos datos corresponden \$113.93 por primas de servicio (art. 306 del CST.), pues la deudora no acreditó un capital inferior a \$200.000.00 (art. 195 ibidem), \$113.93 por cesantía (arts. 249 y 252), en vez de los \$50.00 y \$100.00 que le fueron liquidados por los mismos conceptos. Sólo a partir de la liquidación se le consideraron las vacaciones en descanso, pero no consta que le fueran remuneradas; su compensación vale \$56.96 (arts. 186 y 189).

En el segundo período contractual (1o. de noviembre de 1957 a 31 de octubre de 1958) el sueldo básico fue de \$115.00 mensuales y por el trabajo en festivos se reconocieron \$231.29, o sean \$19.27 de promedio; corresponden por primas de servicio \$111.90, por vacaciones \$67.13 y por cesantía \$134.27, en vez de los \$72.50, \$69.00 y \$115.00 que aparecen pagados a tales títulos.

El último salario, confesado por la deudora en posiciones, fue de \$145.00 mensuales; el último lapso de trabajo, "un año y un mes", y por trabajo en festivos se reconocieron \$166.86, o sean \$12.99 en promedio. Valen las primas de servicio \$157.99, las vacaciones \$79.00 y la cesantía \$171.15, y no los \$57.50, \$57.50 y \$124.58 que figuran como liquidados y pagados por esos conceptos.

En total, la diferencia entre lo debido y lo pagado, según los finiquitos examinados, es de \$368.18, suma a la cual se contraerá la condena; pues en cuanto a la pretendida violación indirecta, por falta de aplicación, del art. 65 del CST. sobre indemnización moratoria, a que el mismo cargo se refiere, ningún argumento del impugnador la sustenta ni se apoya claramente en ninguno de los errores de hecho que le atribuye al sentenciador. Así, aunque los ordinales 7o., 8o. y 9o. se refieren a la falta de pago, el recurrente no la vincula a las deficiencias de las liquidaciones encontradas por la Sala, sino que la hace derivar de la inadmisibilidad de los finiquitos, de la ilegalidad de las liquidaciones parciales por tratarse de una sola relación laboral o de las deudas insolutas por auxilios de maternidad y por horas extras, aspectos de la acusación que no prosperaron en virtud de

las razones ya expresadas.

A mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral —, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y, en función de instancia, revoca la de primer grado, dictada por el Juzgado 5o. del Trabajo de Bogotá, y en su lugar resuelve:

1o.— Condénase a Margarita Cuéllar, mayor de edad y vecina de Bogotá, a pagar a María Elena Castañeda, también mayor de edad y vecina de Bogotá, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, la suma de \$368.18, por concepto del saldo correspondiente a la reliquidación de las

primas de servicio, compensación de vacaciones y cesantía pagadas.

2o.— Absuélvase a la misma Margarita Cuéllar de las demás peticiones de la demanda.

Las costas en las instancias a cargo de la parte demandada, hasta un 50 o/o. Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

Presunción que consagra el art. 24 del CST y presunción simplemente legal.— Cuándo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo.— Acusación planteada por vía indirecta respecto de indemnización moratoria, vinculada a cuestiones de hecho.— Demanda con apoyo en la causal primera de casación laboral.— Cargos por error de hecho, error de derecho y por infracción directa de la ley, en la modalidad de aplicación indebida.— Condena por cesantía, vacaciones y primas de servicio.

1.— *La presunción que consagra el art. 24 del CST en favor de quien presta un servicio personal, libera provisionalmente a este último de la obligación de demostrar que tal servicio no es independiente sino subordinado ni es gratuito sino oneroso. Pero, presunción simplemente legal, admite prueba en contrario; y al ser aducida ésta por el supuesto patrono en la oportunidad y con las formalidades que reglan al proceso, toca al trabajador desvirtuarla eficazmente para que conserve su fuerza la presunción inicial, o contraerle otras que acrediten la subordinación y la onerosidad del vínculo cuya naturaleza se discute. Dicha prueba en contrario puede consistir en cualquiera de los medios admitidos por la ley, de los cuales no sólo no se halla excluida la documental o escrita sino que ella es casi siempre la de mayor capacidad de convicción. Así, por ejemplo, presentado en juicio por el presunto patrono un contrato de sociedad o, como en el caso de autos, uno de condominio sobre el objeto de la explotación, desaparece; también provisionalmente, aquella presunción inicial, y el onus probandi vuelve a pesar sobre quien reclama la condición de asalariado subalterno.*

Por lo mismo, para desestimar documentos atribuidos al trabajador no basta que éste niegue su autenticidad ni menos que, como se sostiene en la sentencia impugnada, reconociéndolos como suyos afirme la simulación de los hechos o estipulaciones que constan en ellos; pues tanto la falsedad como la simulación debe demostrarlas quien las alegue. Si así no fuera, desaparecería toda seguridad en el comercio contractual. Y que esa seguridad recíproca de los contratantes es uno de los objetivos de los ordenamientos legales, inclusive en el campo laboral, lo destacan numerosas disposiciones del código del trabajo que reclaman o recomiendan la prueba escrita para fijar determinadas situaciones: La estimación del salario en especie (a. 39), el carnet (a. 40), el registro de condiciones (a. 41), el certificado del contrato verbal (a. 42), el certificado de salud (a. 57. 7o.), la libreta del trabajador a domicilio (a. 92), la designación de

beneficiarios del seguro (a. 293 y 294), el certificado del seguro (a. 303) y ciertas estipulaciones solemnes, como la del plazo fijo (a. 46), la cláusula de reserva mientras fue admisible (a. 48), el período de prueba (a. 77), el contrato de aprendizaje (a. 84), etc.

2.— *Conforme al art. 87 del CPL, "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto... y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".*

3.— *La acusación se plantea por infracción directa del art. 65 del CST, sin vincularla a errores de hecho provenientes de la defectuosa apreciación de cualesquiera pruebas determinadas. Así entendido el reparo, sería inadmisibles de inmediato porque la indemnización moratoria que dicha norma consagra y que el fallo recurrido impone aparece motivada por el sentenciador en cuestiones de hecho, a saber: "Cuando se operó la desvinculación del actor, el demandado no cubrió el valor de las prestaciones que le correspondían, y como por parte alguna resulta demostrada una razón valedera para tal omisión, es de rigor imponerle la sanción prevista en el art. 65 del CST.*

Sin embargo, al sustentar el cargo vuelve a hablar el casacionista del documento de compraventa mencionado en sus anteriores capítulos como fuente de una convicción razonable, para la parte demandada en el juicio, de no haber estado ligada con el actor por un contrato laboral sino por un vínculo de naturaleza distinta: Admitiendo que así se configura un ataque por vía indirecta, que era la adecuada al caso, resulta que el documento aludido respalda la buena fe del vendedor y su renuencia a pagar o consignar las prestaciones sociales reclamadas por el comprador pero sólomente respecto del lapso de servicio posterior al documento. Y como el sentenciador da también por demostrada la relación de trabajo personal con anterioridad

mayor de un año a la referida compraventa, quedó sin explicar en el recurso cuál fue la razón que tuvo el deudor para no pagar las primas de servicio, las vacaciones y la cesantía correspondiente a ese tiempo anterior, o faltó indicar las pruebas no apreciadas por el sentenciador que acrediten su pago.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., abril veintiseis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

Afirmó RUBEN OLARTE haber sido chofer asalariado de FEDERICO GARCIA, maneándole un automóvil de servicio público por más de dos años, inclusive los domingos y festivos, con una remuneración equivalente al 25 o/o del producido bruto, hasta su despido intempestivo, sin recibir los recargos legales al salario, ni vacaciones ni prestación social ninguna.

Por todo ello promovió contra GARCIA el correspondiente juicio, ante el Juzgado 2o. del Trabajo de Medellín, y el demandado se opuso, alegando que, si bien Olarte manejó el vehículo, no lo hizo en desarrollo de un contrato de trabajo sino de uno de compraventa con pacto de reserva del dominio, sobre la mitad de ese automóvil, cuyo precio debía pagar por cuotas con el producto de su explotación, y que como el comprador no cumplió con los pagos acordados le impidió continuar tal explotación. En respaldo de su dicho, GARCIA presentó el respectivo documento de compraventa, que OLARTE reconoció, pero agregando: "Ese documento se hizo únicamente para él no tener que pagar Seguro Social; el documento lo hicimos García y yo, porque él me dijo a mí que no pagaríamos seguro social, que eso que él pagaba en seguro social y que yo tenía que pagar, él me lo reconocía a mí y me lo daría cuando yo me enfermara, lo cual cumplió una o dos veces y después no lo volvió a cumplir, ya que después de eso me enfermé varias veces y tuve que costearme por mi cuenta".

El *a-quo*, al desatar la litis, admitió la validez de la compraventa desde su fecha, y aunque dedujo un contrato de trabajo de los servicios prestados por OLARTE con anterioridad a aquella operación, por no hallar demostrada la duración precisa de esos

servicios anteriores absolvió a García.

Por apelación del actor, conoció del caso el Tribunal Superior de Medellín, cuya Sala Laboral revocó el fallo de primer grado y condenó a GARCIA a pagarle a OLARTE determinadas sumas por primas, vacaciones, cesantía e indemnización moratoria, previa esta motivación:

"En primer lugar, conviene entrar en el fondo del aspecto relativo a la existencia o inexistencia del contrato de trabajo que se alega en la demanda y es rechazada en la correspondiente respuesta: A este respecto, la parte opositora adujo a los autos el documento privado que aparece a fs. 5, cuya firma fué reconocida por el demandante Rubén Olarte, y de cuyo contenido se desprende en términos generales que entre las partes litigantes se celebró una transacción, por medio de la cual el demandado cedía, a título de venta, al demandante, la mitad de un automóvil que precisamente fué el mismo que condujo durante algún tiempo; el precio de la venta fué el de \$7.000.00, para pagarlos en 20 letras de cambio por un valor de \$350.00 cada una, pagaderas sucesivamente al vencimiento de cada mes; Olarte quedó en la obligación de rendir cuentas del producido del aparato, cada ocho días y de la cantidad líquida abonaría proporcionalmente a las letras mensuales.—

"Es precisamente el contrato o convención anterior, el fundamento que ha expuesto la parte demandada para negar las pretensiones del actor, en relación a la afirmación contraria, es decir, que estuvo vinculado mediante un contrato verbal de trabajo. Pero ocurre que Olarte tachó de simulado el documento referido, pues ha venido alegando que aun cuando la firma que en él aparece estampada es de su puño y letra y la misma que acostumbra en todos sus actos públicos y privados, fué elaborado con la única mira de esquivar el demandado el pago de las cuotas de afiliación al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, pues la convención que de él se desprende no tuvo real existencia.

"Frente a la situación anterior, ya era un deber legal del demandado García, tratándose de juicios de la naturaleza del presente, entrar a demostrar en forma distinta la real existencia del contrato contenido en el documento ameritado pues en favor del actor se oponía la presunción legal consagrada en el artículo 24 del C.S. del T., visto que la prestación del servicio personal que se alega

por el actor, tuvo real ocurrencia conforme se deduce no sólo de la respuesta dada al libelo, sino también de la prueba testimonial aportada al expediente.

“Y entran a respaldar la presunción de que ya se habló las manifestaciones especialmente de José Joaquín Cañas Hurtado (fs. 12 vto.), en el sentido de que en alguna época trabajó para el demandado García, quien le mandó decir que si cobraba prestaciones no podría continuar a su servicio; y la exposición también jurada de Jaime Valencia (fs. 16), de la cual se infiere que en la empresa “Jaitax” se comentó recién elaborado el contrato, que él había sido elaborado en la misma forma planteada por el demandante, es decir, para evitar la afiliación al I.C.S.S., de todo lo cual se concluye fehacientemente que debe convenirse en la existencia del nexo laboral pregonado en la demanda y así se encontrará en el estudio de las distintas peticiones sobre prestaciones sociales”.

La decisión del *ad-quem* viene acusada ahora por GARCIA ante la Corte, para que sea casada parcialmente, en cuanto le es desfavorable, y en su lugar se confirme la de primera instancia.

Con apoyo en la causal primera de casación, laboral se formulan cuatro cargos, dos por error de hecho, uno por error de derecho y otro por infracción directa de la ley, en la modalidad de aplicación indebida.

Bajo el rubro conjunto “PRIMER MOTIVO DE CASACION —ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS”, el impugnante presenta con la debida separación dos cargos, que denomina “aspectos diferentes” y que introduce así: “El primero, que se refiere a la parte principal o básica, relacionada con la inexistencia del contrato de trabajo, para que se desestime y, en consecuencia, se nieguen las prestaciones sociales, las indemnizaciones y costas; y, el segundo, que se contrae a la mala apreciación de las pruebas en cuanto a los requisitos fundamentales de cada una de las prestaciones e indemnizaciones reconocidas”.

Como consecuencia de esa separación, el PRIMER CARGO reza:

“(…) El H. Tribunal rechazó la prueba escrita aducida por la parte que represento, considerando que las cualificaciones hechas en posiciones, de que ‘el documento se había firmado para evadir el pago del seguro social’, constituían una impugnación o tacha

suficiente para invalidarlo, hecho que obligaba a su desconocimiento, porque no se suministró otra prueba distinta y valedera para destruir la presunción legal del art. 24 del C.S. del T.

“Esta apreciación, configura un error protuberante y notorio, que salta a la vista, porque no sólo el actor no formuló ninguna tacha, debidamente propuesta, tal como se admite en el Art. 649 del C. Judicial, sino que reconoció la firma, hecho suficiente para que el documento tenga el valor de confesión judicial según el art. 637 del mismo Código y de escritura pública según el Art. 1.761 del C. Civil.

“El actor hizo una cualificación al confesar, en posiciones, que había suscrito el documento, pero esa cualificación constituye un hecho separado que estaba obligado a demostrar, sin que la ley lo considere como una tacha o impugnación que invalide el escrito, obligando a quien lo presenta a dar una prueba separada.

“El simple reconocimiento de la firma, en cuanto a un documento, implica el reconocimiento de su contenido y hasta allí podía llegar la parte que represento. Si el contrario alega una falsedad, nulidad, simulación u otro vicio o defecto que lo invalide, es esa parte que alega tal circunstancia la que tiene la carga de la prueba y, si no la da, el documento tiene fuerza de confesión, suficiente para aniquilar la presunción legal establecida en el Art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

“Es cierto que en materia laboral el funcionario no está sometido a ninguna tarifa probatoria, puesto que rige el principio sobre libre formación del convencimiento, que tan laudables resultados ha traído en la práctica, para la decisión de los distintos problemas entre patronos y trabajadores, sobre todo en beneficio de los últimos por la inferioridad en que se encuentran respecto de los primeros; pero esa facultad no puede llegar hasta el desconocimiento mismo de los hechos demostrados en forma protuberante y ostensible, fallando contra la evidencia.

“Desde el momento en que el actor reconoció la firma del documento acompañado a la contestación de la demanda (Fls. 5), quedó destruida la presunción legal del Art. 24 y vinculadas las partes al contrato de que daba fe ese escrito. Ni siquiera una tacha formalmente propuesta era suficiente

para su infirmación, pues entonces no quedaría seguridad alguna en las convenciones, puesto que se verían expuestas las partes a la simple negativa de una de ellas para su invalidación, sin la prueba necesaria. Era necesario, entonces, que el demandante hubiera aducido la plena prueba de la simulación, en cuyo caso volvía a tener vida la presunción legal y destruído el escrito.

“En este caso el error de apreciación de la prueba, por parte del fallador de segunda instancia, es protuberante y salta a la vista, puesto que implica el desconocimiento de los más elementales sistemas probatorios, llegando a rechazar una prueba bien producida, reconocida por la contraparte, desconociendo su mérito por una simple cualificación sin respaldo.

“El error cometido llevó al H. Tribunal Superior a la aplicación de las siguientes disposiciones sustantivas, que no era del caso aplicar, porque la presunción legal del contrato de trabajo estaba destruída, al demostrarse un contrato o relación diferente: los Arts. 249 y siguientes, sobre Auxilio de Cesantía; Arts. 186 y siguientes sobre Vacaciones Remuneradas; Arts. 306 y siguientes sobre Primas de Servicio y Art. 65 sobre indemnización por Mora, disposiciones todas del Código Sustantivo del Trabajo; y Art. 2o. del Decreto 243 de 1951 que subrogó el Art. 575 del C. Judicial, sobre costas judiciales.

“Al no existir contrato de trabajo sino meramente la explotación de un vehículo por virtud de una compraventa con reserva de dominio, en que el chofer adquirente amortizaba mensualmente su valor, no había lugar al reconocimiento de prestaciones sociales ni a indemnización por mora, mucho menos a costas judiciales como litigante vencido”.(...)

SE CONSIDERA:

El error del sentenciador en la valoración del documento invocado por el recurrente es manifiesto. La presunción que consagra el art. 24 del CST en favor de quien presta un servicio personal, libera provisionalmente a este último de la obligación de demostrar que tal servicio no es independiente sino subordinado ni es gratuito sino oneroso. Pero, presunción simplemente legal, admite prueba en contrario; y al ser aducida ésta por el

supuesto patrono en la oportunidad y con las formalidades que reglan el proceso, toca al trabajador desvirtuarla eficazmente para que conserve su fuerza la presunción inicial, o contraponerle otras que acrediten la subordinación y la onerosidad del vínculo cuya naturaleza se discute. Dicha prueba en contrario puede consistir en cualquiera de los medios admitidos por la ley, de los cuales no sólo no se halla excluída la documental o escrita sino que ella es casi siempre la de mayor capacidad de convicción. Así, por ejemplo, presentado en juicio por el presunto patrono un contrato de sociedad o, como en el caso de autos, uno de condominio sobre el objeto de la explotación, desaparece, también provisionalmente, aquella presunción inicial, y el *onus probandi* vuelve a pesar sobre quien reclama la condición de asalariado subalterno.

Por lo mismo, para desestimar documentos atribuídos al trabajador no basta que éste niegue su autenticidad ni menos que, como se sostiene en la sentencia impugnada, reconociéndolos como suyos afirme la simulación de los hechos o estipulaciones que constan en ellos; pues tanto la falsedad como la simulación debe demostrarlas quien las alegue. Si así no fuera, desaparecería toda seguridad en el comercio contractual. Y que esa seguridad recíproca de los contratantes es uno de los objetivos de los ordenamientos legales, inclusive en el campo laboral, lo destacan numerosas disposiciones del código del trabajo que reclaman o recomiendan la prueba escrita para fijar determinadas situaciones: la estimación del salario en especie (a. 39), el carné (a. 40), el registro de condiciones (a. 41), el certificado del contrato verbal (a. 42), el certificado de salud (a. 57, 7o.), la libreta del trabajador a domicilio (a. 92), la designación de beneficiarios del seguro (a. 293 y 294), el certificado del seguro (a. 303) y ciertas estipulaciones solemnes, como la del plazo fijo (a. 46), la cláusula de reserva mientras fue admisible (a. 48) el período de prueba (a. 77), el contrato de aprendizaje (a. 84), etc.

Como el sentenciador agrega, al final de su motivación transcrita, que los testigos José Joaquín Cañas y Jaime Valencia “entran a respaldar la presunción de que ya se habló”, y el recurrente no tacha de equivocada la apreciación de esos testimonios para los efectos del cargo que se estudia, podría pensarse que la acusación es incompleta por

dejar intacto uno de los soportes lógicos del fallo. Sin embargo, una lectura cuidadosa de éste permite apreciar que la presunción cuyo respaldo en los mencionados testimonios se afirma, es la instituída por el art. 24 del código laboral, que deduce de la sola prestación de un servicio personal los restantes elementos esenciales (subordinación y onerosidad) para configurar el contrato de trabajo. Y siendo que el hecho generador de esa presunción, vale decir, el de haber conducido personalmente Olarte el vehículo de García durante algún tiempo, no aparece controvertido en las instancias sino admitido por ambos contendientes y por el juez de primer grado, el real o supuesto respaldo testimonial de tal hecho nada importa en casación.

Que si el Tribunal hubiera invocado aquellos testimonios, o cualquiera otra prueba omitida en su glosa por el recurrente, no como respaldo de la presunción consagrada en el art. 24 del CST sino de la simulación alegada por el actor, entonces sí resultaría intocable esa estimación probatoria por deficiencia del ataque.

El aludido error condujo a la aplicación indebida de las normas sustanciales que cita el impugnante, pues en el fallo se computa el lapso posterior a la firma del documento desestimado (13 de noviembre de 1957) como de servicios regidos por un contrato de trabajo para la liquidación de cesantía, primas de servicio y vacaciones.

Por consecuencia, habrá de prosperar el cargo en examen, aunque limitándose su alcance al período y a las condenas que se acaban de indicar. Y no incide sobre la totalidad del tiempo de servicios que el sentenciador da por demostrado (lo. de diciembre de 1956 a 31 de julio de 1959), porque respecto del lapso anterior al contrato de compraventa cuyos pormenores constan en el documento aludido, este último no podría destruir la presunción consagrada en el art. 24 del CST, como es obvio, ni enervar los efectos indemnizatorios del art. 65 *ibidem* a que hubiere lugar.

EL SEGUNDO CARGO está expresado así por el recurrente:

“El segundo punto se refiere particularmente a la errónea apreciación de las pruebas producidas por el actor, en relación con el tiempo del servicio que se dice prestado.

“En las audiencias de trámite declararon los señores Carlos Aguilar Uribe, Gonzalo Aguirre, Joaquín Gañas Hurtado y Jaime Valencia, quienes expresan haber visto al demandante señor Rubén Olarte manejar el vehículo automotor Aero—Willys No. 34008 pero ignoran en qué condición lo hacía, no presenciaron la celebración de ningún contrato laboral ni determinaron tiempo uniforme. No dan fe de la permanencia ni de la continuidad, ni determinan el salario, tan sólo meros conceptos y cálculos.

“El señor Juez de primera instancia expresó concretamente que no había base para determinar tiempo de servicio y resulta inexplicable que señalen los testigos épocas y datos tan encontrados e imprecisos, que ni siquiera concuerdan con la fecha del documento, pues algunos hablan hasta de época anterior.

“Como esos testimonios no expresan concretamente el tiempo de duración del servicio y no existe ninguna base idónea para determinarlo, el cálculo del H. Tribunal está equivocado y aparece de manifiesto en los autos, de ahí que no exista base alguna para liquidar las prestaciones sociales reconocidas por cesantía, vacaciones y prima de servicios.

“La negativa del pago de prestaciones implicó la absolución por indemnización por mora y de costas judiciales.

“El error en la apreciación de la prueba producida sobre el tiempo de servicio indujo al H. Tribunal a aplicación indebida de las mismas disposiciones de orden sustantivo citadas en el aparte anterior, las cuales doy por reproducidas para cumplir con las prescripciones de rigor”.

SE CONSIDERA

En razón de la acogida que merece el *primer cargo*, con el alcance ya indicado, el tiempo de servicios cuya prueba debe examinarse en virtud de este segundo es el comprendido entre el primero de diciembre de 1956, fecha inicial de los cómputos del sentenciador para las condenas que fulmina contra Federico García, y el 13 de noviembre de 1957, día en que fue firmado el documento de compraventa del vehículo, visible al folio 5 del cuaderno principal. Y en la motivación de la sentencia impugnada sólo se lee al respecto:

“Se sabe también, porque así se desprende

de las exposiciones juradas de los testigos de fs. 8 y 10, que la vinculación de Olarte se operó aproximadamente en el mes de noviembre de 1956, pero para proceder con mayor seguridad se tomará el primero de diciembre del mismo año, hasta el 31 de julio de 1959, pues de los términos en que está concebido el mismo testimonio de fs. 8 puede convenirse (sic) en tal fecha, que más o menos coincide con la expuesta en la demanda y que, de otro lado, la parte demandada no intentó siquiera discutirla”.

Los testimonios aludidos son los de Carlos Aguilar Uribe y Gonzalo Aguirre. Del primero se extracta lo pertinente: “Desde el año de 1933, conozco al señor Rubén Olarte y lo conocí como Jefe de Estación del Ferrocarril de Antioquia en la estación de Santiago. Más o menos desde octubre de 1957 a marzo de 1958 trabajé yo en la carretera de Medellín—Tarazá. Como en noviembre de 1956 yo entregué un carro que manejaba de propiedad de Federico García al señor Rubén Olarte. El carro era un “Aero—Willys” 1954 de propiedad del señor Federico García y Olarte entró a manejarlo por porcentaje del veinticinco por ciento que era lo que pagaba García. Así o el mismo porcentaje me pagaba a mí. Yo propiamente no oí el contrato que ellos celebraron. Yo veía a Rubén Olarte manejando el carro diariamente y también algunos domingos. No sé propiamente si todos los domingos los trabajaba pero yo lo veía algunos domingos. Igual cosa digo para los días de fiesta, me tocó verlo manejando algunos días de fiesta que no sé cuántos, pero no sé si los trabajaba todos. Cuando yo manejaba el carro estaba afiliado al Tax Ricaurte y luego lo pasaron al Jay—Tax. Olarte empezó en el Tax Ricaurte y luego a Jay—Tax pero no sé cuánto tiempo duró en una y en otra empresa. Después que yo le entregué el carro a Olarte seguí trabajando en el Tax Boston que quedaba situado en la misma plaza de Boston, donde estaba Tax Ricaurte. Luego cuando Olarte pasó a Jay—Tax, lo seguí viendo porque uno sigue viéndose con los compañeros o colegas y ordinariamente lo seguí viendo casi diariamente. Yo llegué a ver a Olarte manejando el carro de García, a las seis de la mañana y Olarte acostumbraba madrugar. A las cinco de la mañana estaba ya en la empresa. Yo lo veía a distintas horas del día y

parte de las horas de la noche, como a las siete y hasta las ocho de la noche lo llegué a ver...” Finalmente agrega Aguilar: “Antes de yo hacer dejación de ese carro, Rubén Olarte lo manejaba un día y yo otro. Esto ocurrió porque muy pocos días antes, y cuando me retiré quedó Rubén con el carro solo. Al principio, en los días que trabajó conmigo, me tocaba llevar la liquidación de Rubén a la empresa o a don Federico y él sacaba (me refiero a Olarte) el porcentaje a que hice alusión. Esto ocurrió como unos veinte días antes de coger el carro, y cuando éste lo cogió no sé qué más pasaría. No sé si Olarte tenía que someterse a algún horario. Trabajaba diario (sic) pero no sé qué horario tendría”.

El testigo Aguirre declara: “Conozco al señor Rubén Olarte porque trabajamos juntos en la Flota Angel—Tax en el año de 1956. No recuerdo el día en que Olarte trabajó en Angel—Tax, pero fue manejando un carro de Federico García. Yo trabajé en Angel—Tax como un año más o menos, fue como a fines de 1955 hasta el año de 1956. No recuerdo bien las fechas. Posteriormente la Empresa Angel—Tax se acabó lo que ocurrió en el año de 1956, a mediados más o menos y el carro de Federico García lo pasaron al Tax Ricaurte pero seguí viendo a Olarte manejando el mismo carro de Federico, pero ya afiliado en el Tax Ricaurte. El vehículo que manejaba Olarte es ‘Aero—Willys’, modelo 53, es de color gris y azul, placas No. 34008, tipo automóvil. Yo sabía que este carro era de Federico García porque a mí me tocaba hacer las vueltas de la empresa y viendo la matrícula me dí cuenta que era de Federico García y también porque Rubén Olarte tenía que liquidar con García diariamente y yo veía cuando liquidaba con él. Esto sucedió lo mismo en Angel Tax como en Jay—Tax. Este carro estuvo afiliado después de Tax Ricaurte a Tax Alaska en la América y después pasó a Jay—Tax. El salario devengado por Olarte era del veinticinco por ciento del producido bruto del carro. A mí me tocaba liquidar las planillas en Angel Tax y en Jay—Tax. Yo liquidaba la planilla, apuntaba los gastos con el porcentaje para saber lo líquido que le tocaba al dueño del carro. Olarte era chofer fijo y él sacaba el carro por hay de las cinco de la mañana hasta las siete u ocho de la noche en que guardaba. Olarte trabajaba todos los días y los domingos tenía un caimán que había veces se lo dejaba”.

La estimación de estos dos testimonios por el sentenciador no puede motejarse de contraria a la evidencia. El que Aguirre hable de la época en que el vehículo de García estaba afiliado a la empresa "Angel Tax", que se liquidó, según dice, "en el año de 1956, a mediados más o menos", no es inconciliable con lo aseverado por Aguilar sobre la entrega que el deponente hizo del mismo carro de García, ya afiliado a "Tax Ricaurte", a Rubén Olarte "como en noviembre de 1956". Bien pudo tratarse de dos relaciones laborales distintas, ya que el propio Aguirre añadió: "El carro de Federico García lo pasaron al Tax Ricaurte, siempre manejándolo éste; yo no iba a Tax Ricaurte pero seguí viendo a Olarte manejando el mismo carro de Federico, pero ya afiliado en el Tax Ricaurte". Coinciden, pues, ambos testigos en afirmar la prestación personal de los servicios de Olarte a García, en un vehículo afiliado a Tax Ricaurte, desde noviembre de 1956, aproximadamente, y de allí en adelante ("trabajaba diario"). Dada la libertad del sentenciador en la formación de su convencimiento y en la apreciación racional de las pruebas, especialmente de la testimonial, no aparece ostensible el error de hecho que le atribuye el recurrente, como tampoco habría constituido error evidente la conclusión contraria, de haber sido la adoptada en el fallo que se estudia.

El cargo no prospera.

El **TERCER CARGO** ("error de derecho en la apreciación de las pruebas") se refiere a la desestimación por el sentenciador del mismo documento de compraventa que fue objeto del debido análisis con motivo del primer cargo. Es, pues, innecesario repetir ese análisis, aunque no sobre recordar que, conforme al art. 87 del CPL, "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una *determinada solemnidad para la validez del acto*... y también cuando deja de apreciarse una prueba *de esta naturaleza*, siendo el caso de hacerlo". Se desecha el cargo.

El **ULTIMO CARGO** versa sobre la aplicación indebida del art. 65 del CST, como "infracción directa", a decir del impugnante. "Esta debatida y discutida disposición —arguye— ha sido objeto de múltiples interpretaciones y reparos; pero siempre la jurisprudencia ha estado de

acuerdo en que la aplicación de la sanción debe basarse en la mala fe patronal, cuando se niega injustificadamente un derecho; mas no cuando el patrono obra de buena fe y con fundamento manifiesta que no reconoce ni debe prestación alguna, principalmente cuando la litis se refiere a la existencia o inexistencia del contrato de trabajo. No se trata en este caso de diferencias sobre el valor de prestaciones sociales ni tampoco de que el trabajador se niegue a recibir, casos en que el patrón está obligado a consignar lo que considere deber; la discusión está planteada sobre la existencia del contrato de trabajo, en que el opositor lo niega rotundamente, aduciendo una prueba plena que infirma toda presunción legal, en documento debidamente reconocido, del cual se desprende un contrato distinto que no da acción laboral alguna, de ahí que en forma armónica nada deba consignar para exonerarse de salarios caídos; pues si lo hiciera, tácitamente estaría reconociendo el contrato de trabajo y por ende, las prestaciones reclamadas. El H. Tribunal entiende correctamente la norma del art. 65 del C. S. del T. pero la aplica indebidamente a un caso en que el patrono no estaba obligado a consignar, por negar el contrato de trabajo con razones demostradas válidamente, por lo cual le está haciendo producir al precepto consecuencias distintas a las previstas y de ahí la procedencia de este cargo".

SE CONSIDERA:

La acusación se plantea por infracción directa del art. 65 del CST, sin vincularla a errores de hecho provenientes de la defectuosa apreciación de cualesquiera pruebas determinadas. Así entendido el reparo, sería inadmisibile de inmediato porque la indemnización moratoria que dicha norma consagra y que el fallo recurrido impone aparece motivada por el sentenciador en cuestiones de hecho, a saber: "Cuando se operó la desvinculación del actor, el demandado no cubrió el valor de las prestaciones que le correspondían, y como por parte alguna resulta demostrada una razón valedera para tal omisión, es de rigor imponerle la sanción prevista en el art. 65 del CST".

Sin embargo, al sustentar el cargo vuelve a hablar el casacionista del documento de

compraventa mencionado en sus anteriores capítulos como fuente de una convicción razonable, para la parte demandada en el juicio, de no haber estado ligada con el actor por un contrato laboral sino por un vínculo de naturaleza distinta. Admitiendo que así se configura un ataque por vía indirecta, que era la adecuada al caso, resulta que el documento aludido respalda la buena fe del vendedor y su renuncia a pagar o consignar las prestaciones sociales reclamadas por el comprador pero solamente respecto del lapso de servicio posterior al documento. Y como el sentenciador da también por demostrada la relación de trabajo personal con anterioridad mayor de un año a la referida compraventa, quedó sin explicar en el recurso cuál fue la razón que tuvo el deudor para no pagar las primas de servicio, las vacaciones y la cesantía correspondientes a ese tiempo anterior, o faltó indicar las pruebas no apreciadas por el sentenciador que acrediten su pago. En ausencia de lo cual, es forzoso desestimar el cargo.

Para el fallo de instancia, y por ser el demandado en la litis el único recurrente, bastará tomar el salario de que se sirvió el *ad-quem* (\$110-40 mensuales), sin objeción en el recurso, y aplicarlo al período contractual que no fue desvirtuado por el ataque (1o. de julio de 1956 a 12 de noviembre de 1957), o sean un año cuatro meses y doce días, para la liquidación de las primas, las vacaciones y la cesantía que corresponden necesariamente a ese período de

conformidad con los arts. 306, 186, 189, 249 y 253 del CST, lo cual da \$246.40, \$55.20 y \$246.40, respectivamente. Así serán reformadas las condenaciones contempladas en la decisión de segundo grado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto, revocando la de primer grado, condena a Federico García a pagar a Rubén Olarte trescientos dos pesos con setenta y tres centavos (\$302.73) por cesantía, ciento diez pesos con cuarenta centavos (\$110.40) por vacaciones y doscientos setenta y seis pesos (\$276.00) por primas de servicio, y en función de instancia, reduce esas mismas condenas a las cantidades de doscientos cuarenta y seis pesos con cuarenta centavos (\$246.40), cincuenta y cinco pesos con veinte centavos (\$55.20) y doscientos cuarenta y seis pesos con cuarenta centavos, respectivamente. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Meía Osorio., *Secretario.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION POR NO SATISFACER EL MINIMO DE LA CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR QUE EXIGE EL ARTICULO 59 DEL DECRETO NUMERO 528 DE 1964.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintiseis de abril de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Alberto Bravo).

Se procede a resolver sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el mandatario judicial del demandante JOSE RESURRECCION DE JESUS ACHURY BELTRAN, contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1965, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del juicio ordinario laboral incoado contra ADONIAS JIMENEZ CORTES.

El actor reclama el pago de diferentes sumas de dinero por concepto de salarios insolutos, cesantía, vacaciones, primas de servicio, lucro cesante, indemnización moratoria y las costas judiciales.

El fallo de primer grado, parcialmente condenatorio, y apelado por ambas partes, fué revocado por el *ad-quem*, que absolvió al demandado de todas y cada una de las peticiones formuladas en el libelo inicial y condenó en costas al demandante, quien recurrió en casación.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En lo atinente a los presupuestos procesales que permitirían la viabilidad del recurso de casación el asunto *sub-júdice*, se encuentra que el recurso fué interpuesto en tiempo, por persona hábil que tiene interés jurídico y contra una sentencia de segundo grado dictada en juicio ordinario.

Mas se echa de menos el requisito relativo a la cuantía del interés de la parte que recurre, ya que según el art. 59 del Decreto No. 528 de 1964, "en materia laboral admiten el recurso de casación las sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios ordinarios por los tribunales superiores de distrito judicial, o en primera instancia por los

jueces municipales en los casos del recurso per saltum, y en uno y otro evento siempre que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos" (se subraya).

Desde la fecha en que entró en vigencia el precepto transcrito (1o. de agosto de 1965, según el Decreto No. 1697 del mismo año), para los efectos de la concesión del recurso extraordinario por los juzgadores de instancia y su admisibilidad por la Corte, en tratándose de la parte demandante, ha de estimarse como cuantía del interés para recurrir la diferencia cuantitativa entre lo demandado y las condenaciones hechas por el fallador *ad-quem*, tal como ha tenido oportunidad de exponerlo esta Sala, en varios proveídos, entre otros el de 30 de noviembre de 1965.

Ahora bien en el presente caso quien recurre es la parte demandante y, como ya se vió, la sentencia de segundo grado fué adversa a sus pretensiones por haber sido absolutoria; luego habrá de estarse al resultado que se obtenga de la liquidación de las peticiones formuladas en la demanda inicial.

Habida cuenta del salario mínimo legal vigente en la época de la desvinculación laboral (\$7.30 diarios, Decreto No. 2834 de 1961) y en la forma más favorable para el trabajador, se tiene que el cómputo de las correspondientes prestaciones e indemnizaciones sociales arrojaría el siguiente resultado en detalle y tomando como base el tiempo trabajado (enero 1o./59 a febrero 15/62 — 37 meses y 15 días):

a).— Salarios Insolutos.	\$8.212.50
b).— Cesantía.	684.38
c).— Prima de servicios.	657.00
d).— Vacaciones.	328.50
e).— Lucro cesante de 4 y 1/2 meses.	985.50
f).— Indemnización moratoria (De febrero 16/62 a diciembre 4/65, fecha del fallo de segunda instancia), a razón de \$7.30 diarios o \$219.00 mensuales.	9.993.70

TOTAL:\$20.861.58

Como se ve, no se satisface el mínimo de la

cuantía del interés para recurrir que exige perentoriamente la ley para la viabilidad del recurso extraordinario en el caso concreto que se examina.

Por lo expuesto, NO SE ADMITE el recurso de casación interpuesto contra el fallo ya singularizado.

Sin costas.

Una vez ejecutoriado este proveído,

devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE, COPIESE E INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL".

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



INADMISIBILIDAD DE RECURSO DE CASACION POR NO HABER SIDO INTERPUESTO POR PERSONA HABIL.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., abril veintisiete de mil novecientos sesenta y seis

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

Para decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el apoderado de ANA SATURIA ALFONSO TRIANA contra la sentencia de fecha 16 de febrero de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá—Sala Laboral—, en el juicio de trabajo seguido por la recurrente contra RAFAEL ANGEL H., se considera:

En el caso que se examina, las condiciones referentes a la naturaleza del juicio, a la oportunidad de la interposición del recurso, a la cuantía del interés para recurrir y a la calidad de la sentencia recurrida, se hallan satisfechas plenamente.

Mas, en lo atinente a la formulación del recurso por persona hábil, la Sala observa:

a).— Desde la iniciación del juicio, la parte actora confirió poder al Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture quien ejerció su mandato hasta el siete (7) de noviembre de 1961 (folios 135 a 153, cuaderno No. 1), y luego aparece actuando el doctor ALVARO ROVIRA ARANGO en la audiencia fechada el 16 de agosto de 1963 como procurador judicial de la parte demandante.

b).— El Doctor Alvaro Rovira Arango lleva su actuación hasta la audiencia pública

celebrada ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 2 de octubre de 1964 (folios 209 a 212, cuad. No. 1) y, posteriormente, sustituye un poder, según el memorial que obra al folio 218, “en la misma forma y con las mismas facultades que se le otorgaron”, en la persona del Doctor Alberto Osorio Arrieta, quien viene representando a la demandante hasta proponer el recurso de casación contra la sentencia del *ad-quem*, que éste concedió.

c).— No obstante, en el expediente no aparece que el Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, ése sí representante judicial de la demandante, haya sustituido su poder en el Doctor Alvaro Rovira Arango, ni que a éste o a su sustituto, Doctor Alberto Osorio Arrieta, se les haya reconocido en las instancias tal representación, ni que el último actuara como agente oficioso de la interesada.

Como consecuencia de no haber sido interpuesto por persona hábil, NO SE ADMITE el recurso extraordinario de casación contra el fallo ya singularizado.

Sin costas.

Una vez ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE, COPIESE E INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL”.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

TECNICA DE CASACION.— DEMANDA SIN LOS REQUISITOS NECESARIOS EXIGIDOS POR EL ART.63 DEL DECRETO 528 DE 1964.— LAS NORMAS LEGALES SEÑALADAS COMO INFRINGIDAS DEBEN CONSTITUIR UNA PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.— RECURSO DECLARADO DESIERTO.

Según el artículo 65 del Decreto 528 de 1964, si la demanda de casación no se ajusta a los requisitos exigidos por el art. 63 del mismo Decreto, "se declarará desierto el recurso". Y de conformidad con éste último artículo la demanda de casación debe contener, entre otros enunciados, "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", en armonía con el ordinal primero del art. 60 ibidem, que consagra como causal de casación el ser la sentencia "violatoria de ley sustancial".

Como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, las normas legales señaladas como infringidas deben constituir una proposición jurídica completa, de suerte que si sólo se citan algunas normas que, aunque sustanciales, no sean las que consagran los derechos cuya tutela se ha querido obtener en el juicio, el cargo deberá ser rechazado porque la violación de las disposiciones invocadas no podría producir el efecto buscado por el casacionista.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.—Sección Primera.— Bogotá, D.E., abril veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En libelo que quedó radicado en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, demandó Angel Alberto Londoño Lozano, por medio de apoderado, a la sociedad Carlo Erba de Colombia S.A., para que fuera condenada a pagarle diversas sumas por concepto de salarios insolutos, lucro cesante, auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, indemnización moratoria y costas judiciales. Como fundamento alegó haber existido un contrato de trabajo entre él y la demandada, el cual fue violado por ésta.

En la sentencia con que puso fin a la primera instancia, el Juzgado absolvió a la demandada, y el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, a donde subió-el negocio en virtud de apelación del demandante, la confirmó.

Contra el aludido proveído del Tribunal interpuso recurso de casación el demandante. Concedido el recurso y remitido el proceso a la Corte, comenzó a ser tramitado, y se encuentra en el estado de proferir la providencia de que trata el art. 65 del Decreto 528 de 1964, toda vez que ha sido presentada por el recurrente la demanda de casación.

Según el citado precepto, si la demanda de casación no se ajusta a los requisitos exigidos por el art. 63 del mismo Decreto, "se declarará desierto el recurso". Y de conformidad con éste último artículo la demanda de casación debe contener, entre otros enunciados, "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", en armonía con el ordinal primero del art. 60 ibidem, que consagra como causal de casación el ser la sentencia "violatoria de ley sustancial".

Como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, las normas legales señaladas como infringidas deben constituir una proposición jurídica completa, de suerte que si sólo se citan algunas normas que, aunque sustanciales, no sean las que consagran los derechos cuya tutela se ha querido obtener en el juicio, el cargo deberá ser rechazado porque la violación de las disposiciones invocadas no podría producir el efecto buscado por el casacionista.

En su "Cargo Unico" el recurrente expresa: "Acuso la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, fallo dictado el 28 de octubre de 1965 por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea, dando como consecuencia la violación de la ley por falta de

apreciación de las pruebas, que condujo al Tribunal a dejar de aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 22, 23, 24 del Código Sustantivo del Trabajo”.

“El Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá en su sentencia proferida, negó la existencia del contrato de trabajo entre Alberto Londoño y Carlo Erba de Colombia S.A. por no haberse demostrado los elementos esenciales referentes al contrato de trabajo, mas un cuarto elemento que establece el artículo 3o. del Decreto 3129 de 1956. Por lo anterior violó la ley el Juez ad—quem por la interpretación errónea de las pruebas que a continuación enumero para demostrar que el señor Alberto Londoño reunió los requisitos exigidos por la ley para configurar un contrato de trabajo:

“1) En la declaración del señor Carlos Pulido G. que obra al folio 81 del expediente en una forma clara manifiesta que el señor Alberto Londoño prestó sus servicios personalmente a la entidad demandada, mediante un contrato de trabajo y reconoce que el señor Alberto Londoño era quien se encargaba de las oficinas sucursales de la demanda en Bogotá”.

“2) Al folio 92 aparece la declaración del señor Antonio García Abreu en donde manifiesta en una forma clara y precisa que él como Gerente de la empresa demandada, firmó el contrato que aparece al folio 59 del expediente con la única intención de que se trataba de un contrato de trabajo entre el señor Alberto Londoño y Carlo Erba de Colombia S.A.”.

“3) Al folio 179 del expediente aparece la inspección ocular donde se constató en una forma clara las comisiones recibidas por el señor Alberto Londoño durante la relación de trabajo”.

“El señor Juez de primera instancia como el Honorable Tribunal de Bogotá, hicieron caso omiso a la declaración del señor Gerente Antonio García Abreu, desconociendo el art. 1502 del C. C., principalmente el consentimiento de las partes, dándole a esta prueba una interpretación diferente y aplicándole sentido diferente al pactado por las partes”.

“El Juzgado determinó que entre el señor Alberto Londoño y la demandada había existido un contrato comercial y no uno de trabajo, porque en el membrete del contrato de trabajo se puso la leyenda CONTRATO

COMISION, pero pese a esta interpretación, se le dió una apreciación acomodaticia a favor del patrono desconociendo la intención que tenían las partes como se confirmó en la declaración rendida por el ex—Gerente y en las posiciones que mi poderdante absolvió y que obran al folio 85 que coinciden exactamente en que la intención de las partes era la de realizar un contrato de trabajo y no un contrato comercial”.

“A estas declaraciones no se les buscó la verdad real que impera en el derecho procesal, pues la voluntad de las partes era precisamente la de poner contrato de comisión por el hecho de que Alberto Londoño recibía como remuneración el 10 o/o sobre las ventas, es decir, comisiones que constituían el salario”.

“Entre los folios 217 y 218 presenté un alegato de conclusión en donde demostré claramente que mi poderdante prestó sus servicios personalmente mediante un contrato de trabajo a la sociedad demandada, recalcando que se llenaron los requisitos exigidos por el art. 23 del C.S.T. y que estando reunidos todos los elementos esenciales requeridos por la ley, afirmo que aparece en las piezas del expediente la comprobación del contrato de trabajo entre las partes de la presente litis”.

Ahora bien, como en ninguna otra parte del escrito se reputan infringidas disposiciones distintas, la anterior transcripción muestra claramente que no están citados los preceptos sustanciales que consagran los derechos cuyo reconocimiento se impetra en el libelo inicial del juicio, y que tan sólo se citan normas—medios, que por sí solas no llegan a integrar la proposición jurídica a que ya se aludió. Una tal demanda de casación, de ser admitida y de continuarse el trámite del recurso, daría lugar, al proferirse la sentencia que lo desatara, al rechazo del cargo por ese solo motivo. Y a evitar la realización de un trámite así de inútil es a lo que ha proveído el art. 65, in fine, del Decreto 528 de 1964.

Por todo lo expuesto la Sala RESUELVE: declárase desierto el recurso de casación interpuesto por el demandante Angel Alberto Londoño Lozano contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá proferida el 28 de octubre de 1965, a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta

*Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade,
Víctor G. Ricardo.*

Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal
de origen.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

TECNICA DE CASACION.— LA SOLA ACUSACION DE PRECEPTOS ADJETIVOS O DE DERECHO PROBATORIO NO DA LUGAR AL RECURSO DE CASACION.— LA CORTE REAFIRMA SU TESIS RESPECTO DE QUE LOS PRECEPTOS SEÑALADOS COMO INFRINGIDOS, DEBEN CONSTITUIR UNA PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.—

En cada uno de los cargos afirma el recurrente que acusa la sentencia del tribunal por ser violatoria "de la ley sustantiva", pero solo cita como infringidos los arts. 51, 55 y 61 del C.S.T. y 720, 721, 730 y 731 del C.J., sin señalar ninguna disposición de carácter sustancial, consagrada de algún derecho. Ahora bien, como resulta obviamente del art. 87 del C.P.T., y tiene repetido la jurisprudencia, la sola acusación de preceptos adjetivos o de derecho probatorio no da lugar al recurso de casación. En términos generales la Corte ha decidido que la sola acusación de normas que, aunque sustanciales, no reconocen los derechos reclamados, no da acceso a este recurso extraordinario, y al respecto ha hablado de que los preceptos señalados como infringidos deben constituir una proposición jurídica completa.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., abril veintiocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado judicial que constituyó Jesús A. Pérez presentó libelo ante el Juzgado del Trabajo de Cali contra José Ignacio Franco, demandando los siguientes pronunciamientos:

"Primero.— Que el demandado señor José Ignacio Franco está obligado a pagar al día siguiente de quedar ejecutoriada esta sentencia, a mi poderdante, Jesús A. Pérez, o a mí, que tengo facultad de recibir, la suma o cantidad de CINCO MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$5.032.00), moneda legal, procedente, de los honorarios o remuneración por servicios prestados por mi mandante al demandado, en la construcción de una casa de habitación, de las condiciones que se dirá más adelante, de propiedad del demandado".

"Segundo.— Que se condena además, al demandado al pago de dicha cantidad, desde que se hizo exigible, esto es, desde el día 17 de diciembre de 1955, con sus intereses corrientes hasta que sea satisfecha en su totalidad, más las costas del presente juicio; computando las diligencias previas, más los honorarios de abogado".

"Tercero.— Subsidiariamente pido que se condene al mismo demandado a pagar a mi poderdante las cantidades de dinero que por la prestación personal de servicios de maestro constructor se deduzcan en el presente juicio".

En la sentencia que puso fin a la primera instancia el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali falló de la siguiente manera:

"1o.— Condénase al señor JOSE IGNACIO FRANCO, a pagar a favor del señor JESUS A. PEREZ, ambos de condiciones civiles conocidas, o a quien sus derechos represente, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$3.355.00) M/cte".

"2o.— Absuélvase al mismo señor JOSE IGNACIO FRANCO de los demás cargos de la demanda".

En virtud de apelación de una y otra parte, el negocio sufrió la tramitación de rigor ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual la remató con sentencia en que rebajó a \$2.742.00 la condena hecha por el a quo.

De tal proveído recurrió en casación el demandado, quien invocando la causal primera del art. 87 del C.P.T., y con el ánimo de obtener la casación total, le formula en la demanda tres cargos. En cada uno de ellos afirma que acusa la sentencia del Tribunal por ser violatoria "de la ley sustantiva", pero sólo cita como infringidos los arts. 51, 55 y 61 del C.S.T. y 720, 721, 730 y 731 del C.J., sin señalar ninguna disposición de carácter sustancial, consagrada de algún derecho. Ahora bien, como resulta obviamente del art. 87 del C.P.T. y tiene repetido la jurisprudencia, la sola acusación de preceptos adjetivos o de derecho probatorio no da lugar al recurso de casación. En términos generales la Corte ha decidido que la sola acusación de normas que, aunque sustanciales, no reconocen los derechos reclamados, no da acceso a este recurso extraordinario, y al

respecto ha hablado de que los preceptos señalados como infringidos deben constituir una proposición jurídica completa.

Por consiguiente se rechazan los cargos.

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 recurrida.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

*Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade,
Víctor G. Ricardo.*

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

TRABAJO REMUNERADO EN DOMINGOS Y DIAS DE FIESTA.—

Omisión del demandante al no citar la norma especial que consagra el derecho que reclama.— En casación es indispensable establecer la ostensible contradicción entre el efecto valorativo de la prueba y la realidad procesal.—

Observa la Sala, que el actor olvidó citar precisamente la norma que ordena remunerar el trabajo en domingos y días de fiesta, como infringidos por el Tribunal, pues las que invoca se refieren a la remuneración del descanso en esos días, resultando así incompleto el cargo, sobre todo tratándose de la norma especial que consagra el derecho que se reclama. Sobre el particular ya ha dicho la Corte "que la demanda de casación debe integrar una proposición jurídica completa, esto es, registrar todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma desconocidos por el ad—quem".

Pero aún en el evento de que se hubiera citado la norma pertinente, resulta que en el caso de autos se pretende quebrantar la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba que según el recurrente condujo al fallador a la violación de ley sustancial, y para tales efectos se singularizan los testimonios que el actor creyó conveniente determinar; pero en casación no basta señalarlos y limitarlos a hacer la afirmación de que ellos fueron mal apreciados o dejados de apreciar, sino que es indispensable para que el cargo sea estimado, además, establecer la ostensible contradicción entre el efecto valorativo de la prueba y la realidad procesal, por cuanto el simple señalamiento de aquella indica solo el origen del posible error, no el error mismo que habría de conducir a la violación de la norma. Para que el cargo pueda prosperar se requiere que mediante un proceso de razonamiento aparezca evidente la contradicción, para que así la Corte pueda, enfrentando la sentencia a la ley, apreciar el error que conduzca al desquiciamiento del fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Víctor G. Ricardo).

Manuel A. Valbuena, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra Distribuidora Bavaria S. A. ante el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja, representada por su Gerente, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1a.— "Que entre la demandada y el trabajador existió contrato de trabajo que terminó unilateralmente y en forma ilegal sin haberse pagado al trabajador el preaviso, salarios completos, horas extras nocturnas y diurnas, días festivos trabajados e indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones, así como también plazo presuntivo".

2a.— "Que como consecuencia de lo anterior sea condenada la sociedad demandada, a pagar dentro del término que la sentencia señale, el valor del preaviso (45 días), lo correspondiente a 448 días de fiesta, 5 días ordinarios, saldo de la cesantía, indemnización moratoria, diferencia por concepto de prima, diferencia por concepto de vacaciones y todas las declaraciones y condenas que se desprendan de las probanzas contra la demandada. Además, las costas y costos del juicio".

En la relación de hechos de la demanda, afirma el apoderado del actor: que el trabajador sirvió a la sociedad demandada del 10 de junio de 1956 al 9 de diciembre de 1962, como Administrador del "Bar Costeña" que la Distribuidora Bavaria S. A. tiene en Barrancabermeja, con remuneración del 20/o en ventas brutas y sueldo fijo promedio de \$872.50; que sus funciones fueron las de capataz de coperas, cajeros y personal de aseo, así como proveedor del Bar y la cocina, sin que lo comprendiera el art.

162 del C.S.T.; que el patrono le anunció verse precisado a prescindir de sus servicios; que sirvió seis años y medio e hizo ventas brutas en ese tiempo por \$1.138.181.75; que solo recibió á cuenta de su jornal diario ordinario de \$35.48 la suma de \$26.66 y sobre esta base se le hizo el cómputo de jornal, primas, vacaciones y cesantía que le pagaron; que tuvo jornada ininterrumpida y permanente de las 8 a.m. a las 12 de la noche en los días ordinarios y en los domingos y festivos de las 10 a.m. a las 2 a.m. del día siguiente; que con la anterior jornada "causó" un salario de \$86.83 diarios y en los días de fiesta \$88.70, pero como trabajó estos últimos, le correspondía una remuneración de \$117.40, debiéndosele descontar de estas cantidades la de \$26.60 que le pagaron y por consiguiente quedan por cubrirsele \$150.74 por festivos y \$60.17 por ordinarios; que en el tiempo servido hay 110 festivos y 338 domingos, vacaciones y primas; que la razón de la jornada diaria obedeció a la costumbre del Bar, sin que tuviera reemplazos y además por tener el incentivo del 20/o de comisión en las ventas; que fueron frecuentes las reclamaciones sobre el dicho 20/o; que recibió el valor de las vacaciones en efectivo ya que no pudo gozar de ellas en tiempo; que el actor requirió el pago de lo que le adeuda el patrono sin que hasta ahora se le hubiera satisfecho la deuda; y que al hacer el pago el 14 de enero de 1963, habían transcurrido 25 días del plazo presuntivo.

Como fundamentos de derecho invoca los arts. 1o., 3o., 5o., 9o., 10o., 13., 14., 16., 21., 22., 23., 24., 32., 33., 37., 48., 55., 127., 134., 138., 149., 64., 65., 142., 158., 161., 166., 159., 160., 162., 168., 25., 35., 172., 173., 174., 176., 177., 186., 190., 192., 249., 253., 306., del C. S. T. y el C. P. L. para lo del procedimiento.

La respuesta de la demanda acepta el hecho relativo a la prestación del servicio como administrador—contratista del Bar Costeña por el tiempo indicado en la demanda, pero rechaza "la forma de prestación del servicio y la remuneración de éste". Acepta también el envío de la carta de retiro al trabajador, con la aclaración de que recibió dos pagos; uno el 14 de enero de 1963 por salarios y prestaciones y otro el 23 de febrero del mismo año por salarios, originados en la demora de la liquidación. Niega los hechos 4o., 5o., 6o., 9o., 14., 15.,

16.; remite los otros a lo que se pruebe en el juicio, y por último alega la prescripción.

La sentencia de primer grado dictada por el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja, que fue el del conocimiento, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor: a) "la cantidad de \$4.585.52 por concepto de salarios sencillos correspondientes a 113 días domingos y 39 días festivos, contados a partir del 28 de mayo de 1960 hasta el 9 de diciembre de 1962; b) la cantidad de \$800.00 por concepto de prima de navidad de 1961 y la de servicios del primer semestre de 1962; c) condena a la sociedad a pagar el 50o/o de las costas de instancia; y d) por el numeral 4o. absuelve a la demandada de los demás cargos que le fueron formulados.

Apelaron ambas partes: la sentencia que decidió el recurso reformó la de primer grado y en su lugar dispuso: "1o.— Revócase el punto primero de la parte resolutive de la sentencia en referencia y en su lugar absuélvese a la parte demandada del pago de dominicales y días festivos impetrado en la demanda. 2o.— Confírmase el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida. 3o.— Refórmase el punto tercero en el sentido de condenar, como en efecto se condena, a la demandada a pagar el 30o/o de las costas de la primera instancia, las que se liquidarán por el Juzgado del conocimiento y 4o.— Confírmase el punto cuarto de la aludida sentencia. Sin costas en la segunda instancia".

Contra esta sentencia interpuso el actor recurso de casación, que le fue concedido.— Admitido por la Sala y tramitado en forma legal se pasa a decidir.

El recurrente aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal, en "cuanto por su numeral primero revocó el mismo fallo del a—quo y absolvió a la empresa Distribuidora Bavaria S. A. de Barrancabermeja a pagar a Manuel A. Valbuena dominicales y días festivos impetrados en la demanda y en cuanto por su numeral cuarto confirmó el mismo del fallo del a—quo que absolvió a la empresa Distribuidora Bavaria S. A. de Barrancabermeja ha pagar reajuste de prestaciones sociales, reajuste de salarios e indemnización moratoria, y en su defecto, convertida en Tribunal de instancia, confirme el punto primero de la sentencia de primera instancia, al igual que el punto segundo de la

misma y adicione este numeral con un segundo literal, para condenar también a la empresa a pagar indemnización por mora en el pago de salarios, reajuste de éstos y demás solicitados en la demanda principal y no la case en lo demás”.

Con fundamento en la causal primera de casación formula un solo cargo, por el cual acusa “violación de la ley sustantiva por infracción indirecta de los artículos 22, 23, 24, 25; —contrato de trabajo— 172, 173, 174, 175 —dominicales— 64 y 65 del C. S. T. en relación con los artículos 61, 161, 168, 177, 169 y 171 ibidem.— A esta violación llegó el sentenciador por haber incurrido en evidente y ostensible error de hecho, al no apreciar unas pruebas y haber apreciado equivocadamente otras, lo que le permitió dar por establecido un hecho distinto al que sí estaba probado en el juicio”.

Como pruebas no apreciadas por el juzgador de segunda instancia señala los “testimonios de Mario Sánchez Castró y Daniel París y los documentales que obran a folios 135 a 147 donde se lee claramente que el señor Valbuena recibió durante la primera quincena del mes de octubre del año de 1960 la suma de \$400.00 por concepto de la primera quincena y en concordancia con los testimonios de los señores Martínez, Muñoz Macías y Useda Moreno, había laborado no solo la quincena en cuestión sino también las noches, los domingos y festivos, y así en igual forma se predica del tiempo siguiente”. Como pruebas equivocadamente apreciadas indica los testimonios de José Fernando Martínez, Samuel Muñoz Macías, Cesar Campo Palacio y Miguel Useda Moreno. Critica el recurrente al fallador de segunda instancia, por cuanto incurrió en contradicción en las apreciaciones sobre estos mismos testimonios ya que en la parte motiva de la sentencia afirma que nada tiene que hacer la Sala en cuanto a críticas al análisis de la prueba testimonial hecha por el Juzgado del conocimiento, pero sin embargo no comparte la tesis del a—quo en cuanto a la forma como éste las consideró. “Se refiere luego el acusador a la sentencia en los siguientes términos: Al tenor de tan incontrovertibles pruebas, las dejadas de apreciar y las pruebas equivocadamente apreciadas, el fallador impugnado indefectiblemente habría concluido en sostener que Valbuena sí laboró los días dominicales y festivos indicados en la

demanda, lo que hizo en función simplemente de trabajador de la Distribuidora Bavaria S. A. de Barrancabermeja en un total de 448 días dominicales y festivos los que no le fueron pagados oportunamente por la empresa”.

El opositor rebate el cargo diciendo que “no puede prosperar porque no consulta la técnica de este recurso extraordinario. En efecto, se acusa el fallo del ad—quem en lo relativo a la absolución de la demanda por remuneración de trabajo en días domingos y días de fiesta, por infracción indirecta de algunas disposiciones relacionadas con el descanso dominical; pero sin indicar la norma que precisamente trata de la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta, cual es el art. 179 del C.S.T., y, además, equivocando el concepto de violación, ya que el fallador, en el fallo acusado, admite la posibilidad de que el actor hubiera trabajado en domingos y días de fiesta, y afirma simplemente que aún admitiendo tal cosa, el demandante no tiene derecho a remuneración por ese trabajo, en razón del empleo de administrador que desempeñaba en la empresa demandada, fundándose para ello en una jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo”. Y más adelante agrega: “No puede tratarse en este caso de una cuestión de facto, que hubiera producido errores de hecho en el Tribunal, por falta de apreciación o equivocada apreciación de pruebas, sino de la falta de aplicación de un precepto legal a hechos que no se discuten, lo cual constituiría una violación directa de la norma legal y en ningún caso una infracción indirecta de la misma”.

Para el opositor el hecho de que el recurrente no hubiera citado la disposición sustantiva que consagra el derecho a la remuneración por trabajo en domingos y días festivos hace que el cargo sea incompleto e ineficaz. Arguye igualmente que en el expediente “no aparece la prueba del trabajo del actor en días domingos y días de fiesta. Las declaraciones que obran en autos son vagas e imprecisas y de ellas no puede deducirse con claridad cuántos domingos y días de fiesta trabajó el actor y qué número de horas laboró en esos mismos días. De otra parte no se estableció el salario que, de acuerdo con el art. 176 del C.S.T. debiera tenerse en cuenta para remunerar el supuesto trabajo dominical y días de fiesta ejecutado

por el demandante. En la demanda de casación —dice el opositor— se acusa el fallo recurrido por violación indirecta del art. 65 del C.S.T. por error de hecho consistente en encontrarse la empresa en mora de pagar trabajo dominical y días de fiesta. Como tal mora no se demostró en el curso del juicio, ni en la demanda de casación, desaparece por completo el fundamento para casar la sentencia por lo que se refiere a la absolución de pago por salarios caídos”.

SE CONSIDERA:

Acepta el Tribunal el análisis de las pruebas que sirvió de motivación a la sentencia de primer grado en lo que hace relación al trabajo del actor los domingos y días de fiesta en su calidad de administrador del Bar Costeña y agrega que el trabajador ejerció sus funciones sin estar sujeto a determinado horario, ni sometido a control de vigilancia por parte del patrono y tenía amplias facultades para el manejo del establecimiento. Afirma así mismo, el ad—quem que el sueldo dependía del volumen de ventas que se efectuarán mensualmente, lo cual deduce de “importantes elementos de juicio que no fueron desvirtuados”. Para darle mayor respaldo a su fallo cita el Tribunal la sentencia de 19 de abril de 1949 (G. del T. IV Nos. 79—40 pág. 811). Por esas circunstancias se aparta de la conclusión a que llegó el a—quo y en consecuencia “absuelve a la parte demandada del pago de dominicales y días festivos impetrado en la demanda”.

LA CORTE CONSIDERA:

El recurrente aspira a que se case parcialmente la sentencia impugnada por cuanto absolvió a la empresa del pago de dominicales y festivos, y del reajuste de prestaciones, salarios e indemnización moratoria, y en su lugar se confirme la de primera instancia y se condene a la empresa a las demás peticiones de la demanda principal.

Observa la Sala que el actor olvidó citar precisamente la norma que ordena remunerar el trabajo en domingos y días de fiesta, como infringida por el Tribunal, pues las que invoça se refieren a la remuneración del descanso en esos días, resultando así incompleto el cargo, sobre todo tratándose de la norma especial que consagra el derecho que se reclama.

Sobre el particular ya ha dicho la Corte “que la demanda de casación debe integrar una proposición jurídica completa, esto es, registrar todos los textos legales necesarios para confrontar la sentencia recurrida con los derechos que se afirma desconocidos por el ad—quem”.

Pero aún en el evento de que se hubiera citado la norma pertinente, resulta que en el caso de autos se pretende quebrantar la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba que según el recurrente condujo al fallador a la violación de la ley sustancial, y para tales efectos se singularizan los testimonios que el actor creyó conveniente determinar; pero en casación no basta señalarlos y limitarse a hacer la afirmación de que ellos fueron mal apreciados o dejados de apreciar, sino que es indispensable para que el cargo sea estimado, además, establecer la ostensible contradicción entre el efecto valorativo de la prueba y la realidad procesal, por cuanto el simple señalamiento de aquella indica solo el origen del posible error, no el error mismo que habría de conducir a la violación de la norma. Para que el cargo pueda prosperar se requiere que mediante un proceso de razonamiento aparezca evidente la contradicción, para que así la Corte pueda, enfrentando la sentencia a la ley, apreciar el error que conduzca al desquiciamiento del fallo acusado.

Además, no se le puede imputar al fallador de segundo grado un error de hecho con el carácter de ostensible, en circunstancias en que él acepta como cierto el hecho de que Valbuena trabajó los domingos y festivos en funciones de administrador del Bar y sobre tal supuesto basa su decisión.

Como el recurrente persigue que se condene a la parte demandada por mora en el pago del trabajo los domingos y festivos y según lo dicho anteriormente las deficiencias anotadas a la demanda de casación hacen que el cargo carezca de eficacia, no hay lugar a pronunciamiento sobre este particular.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



RELACION DE DERECHO PUBLICO ENTRE TRABAJADORES A JORNAL DE GRANJA AGRICOLA
DEPARTAMENTAL Y ESTA ENTIDAD

Exigencias técnicas del recurso extraordinario de casación.— Acusación por vía indirecta, a través de errores de hecho.— Inadmisible confusión de dos conceptos antitécnicos de la infracción.— Interpretación y alcance de los tres casos de excepción previstos en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1945.—

1.— Por fuerza de las exigencias técnicas del recurso extraordinario, que no constituye una tercera instancia, en toda acusación por vía indirecta, a través de errores de hecho, es ineludible confrontar los hechos admitidos o rechazados en el fallo con lo que resulte ostensible de las pruebas, para que aquéllos o su rechazo se destaquen como contrarios a la evidencia procesal. De no procederse así, y más si el acusador acepta los postulados fácticos de la sentencia, el ataque por esa vía carece de eficacia, aún en el evento de que las consecuencias jurídicas deducidas de tales hechos aparezcan ilógicas, arbitrarias o ilegales, pues entonces el error será de juicio pero no de hecho y los errores de juicio, independientes de las cuestiones de hecho reclaman otro tratamiento en casación.

2.— Según la transcripción que de la parte motiva de la sentencia objeto del presente recurso se hizo, el fallador solamente toma en cuenta uno de los tres casos de excepción previstos en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1945 al reglamentar el art. 1o. de la Ley 6a. del mismo año, que son: a) "construcción y sostenimiento de las obras públicas"; b) "empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro", y, c) "instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma". Ya la reiterada jurisprudencia de la Corte tiene explicado que los "fines de lucro" a que se refiere, con notoria impropiedad, el segundo aparte del citado reglamento ejecutivo, no pueden atribuirse a la Administración en el mismo sentido del incremento patrimonial que buscan los empresarios particulares, sino apenas como medios fiscales para la mejor atención del servicio público o como sistemas racionales de organización que permitan la costabilidad de la empresa oficial; del mismo modo que la "identidad" de la institución oficial con cualquier establecimiento privado, de que habla otro aparte del precepto, no puede ser esencial o metafísica sino analógica, más que todo en razón de la "forma" externa de su fundación y manejo o de sus métodos de operación. Y también por este último aspecto ha debido examinarse el trabajo de un tractorista a jornal en una granja agrícola oficial, y no exclusivamente por el de los "fines de lucro" que la entidad propietaria de la granja agrícola persiga y las utilidades o pérdidas en dinero que esa institución de fomento agrario pueda representarle.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., mayo cuatro de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

PEDRO VILLARREAL, diciendo haber sido tractorista a jornal en una granja agrícola de propiedad del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, demandó a éste por salarios insolutos, cesantía e indemnizaciones del lucro cesante y de la mora en el pago ante el Juzgado del Trabajo de Santa Marta. El *a-quo* desató la litis mediante sentencia absolutoria por no hallarse demostrado que el actor estuviera en uno de los casos de excepción contemplados en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1945 y considerarlo, por tanto, vinculado al Departamento por una relación de derecho público.

Apeló Villarreal para ante el Tribunal Superior de Santa Marta, corporación que confirmó lo resuelto por el inferior, y es esta segunda decisión la que llega acusada en casación por el mencionado actor, con el propósito de que sea anulada por la Corte y en su lugar se acceda a las peticiones del libelo inicial.

El CARGO UNICO de la acusación está formulado así:

"Primera causal del Art. 87 del C.P.T. Violación indirecta por error de hecho en que incurrió el H. Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil—Laboral de Decisión, de las siguientes disposiciones sustantivas: Art. 1o. y 4o. del Decreto 2127 de 1945, Art. 7o. de la Ley 24 de 1947, Arts. 1o. y 2o. del Decreto 2767 de 1945, Art. 17 de la Ley 6a. de 1945, Art. 11 del Decreto 1600 del mismo año, Decreto 797 de 1949, Art. 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 37, 38, 39, 45, 47, 49, 55, 61, 32, 64, 65, 66, 127, 134, 138, 142, 149, 186, 187, 189, 192 del C.S.T.; Art. 5o. del C.R.P.M. al haber

dejado de estimar en su verdadero valor las siguientes pruebas legalmente decretadas y practicadas: a).— El acta número cuarenta y siete (47) del seis de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por medio de la cual se destituye al actor de su puesto, originario de la Secretaría de Agricultura y Ganadería del departamento del Magdalena —folio siete (7), cuaderno principal; b).— la diligencia de la inspección ocular que tuvo ocurrencia el día quince (15) de junio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), en audiencia pública de trámite y que obra a los folios veintiuno (21) á veintidos (22), cuaderno principal, en la cual se establecieron los extremos del contrato presuntivo ficcionado de trabajo tales como: tiempo de servicios, cargo desempeñado, salarios pagados y lugar donde desempeñó su puesto y cumplió el contrato dicho; c).— La declaración del Sr. Luis Torres Prieto (folios 33 y 34, cuaderno principal); d).— El certificado auténtico expedido por el Jefe de la Sección Administrativa de la Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento demandado, de fecha veintitrés (23) de mayo de mil novecientos sesenta (1960) y que obra al folio 56 del cuaderno principal; e).— La copia auténtica del concepto favorable al actor, emitido por el Abogado—Jefe de la Sección Legal del Departamento, dado al Secretario de Agricultura y Ganadería, bajo el número treinta (30) del diez y siete de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), folios 59 y 61 del cuaderno principal; y por haber interpretado mal o en forma indebida las siguientes pruebas: a).— El Informe del Secretario de Agricultura y Ganadería del Departamento del Magdalena, que obra como folio cincuenta y cinco (55) en el cuaderno principal y particularmente el contenido de la página novena (9a.) de dicho informe, en cuanto se refiere al “Reglamento de Trabajo”, y, b).— La constancia que contiene la nota número 306 del folio 71 del cuaderno principal”.

Más adelante alega el recurrente:

“Las bases fundamentales que toma el H. Tribunal para su decisión confirmatoria en perjuicio de los intereses laborales del actor son las siguientes: 1a.—) Que la Granja de San Pedro Alejandrino no tiene fines de lucro; 2a.—) Que el Departamento en este caso está situado en la excepción consagrada en el Art. 4o. del Decreto 2127 de 1945; 3a.—) El

Informe del Secretario de Agricultura y Ganadería del folio 55, y, 4a.—) La constancia que contiene el oficio No. 306 del folio 71”. . . “El actor nunca fué empleado público o cosa que se le parezca; en forma alguna. El cargo de tractorista desempeñado personalmente por el actor, no se estableció por el Departamento que fuera un cargo o empleo público. La presunción de la existencia del contrato de trabajo ficcionado establecida por las disposiciones vigentes no la desvirtuó en ningún momento la entidad demandada porque nunca se hizo presente. La forma de pago, jornal diario, su inclusión en planillas, no en nómina, está indicando que se trataba de un simple trabajador en actividades iguales o similares a las que pueden desempeñar los particulares: roturar la tierra con tractores y cultivarla. La errada interpretación que le da el H. Tribunal al Art. 4o. del Decreto 2127 de 1945, está confirmada por dos (2) citas que me voy a permitirle hacer a la H. Corte, únicamente, con el objeto de recordarlas y facilitar su consulta, toda vez que su transcripción sería extensa: Krotoschin, Curso de Legislación del Trabajo, 1950, página 33, y el concepto emitido por el Sr. Dr. Evaristo Sourdís publicado en la Revista de Barón, Tomo X, página 90, y, la sentencia del T.S. del 14 de junio de 1949, la cual aparece en la misma revista a la página 144”. . . “El Informe del Secretario de Agricultura fué mal estimado por el H. Tribunal, pues, a tiempo que entra en la consideración del lucro, no va a constatar que la misma Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento del Magdalena, tiene su “reglamento de trabajo” página 9a. del informe para todas sus dependencias situadas en los diversos municipios del mismo y para regular los contratos de trabajo ficcionados que tiene con sus servidores, quienes no son empleados públicos. Esto lo interpretó mal el H. Tribunal y desde luego el fallo no podía ser favorable. Las dependencias que tiene establecidas el Departamento en los diversos Municipios son sus granjas experimentales agrícolas las cuales aparecen citadas todas en el mismo Informe, y, claro, no hay razón para que se excluya la de San Pedro Alejandrino que nada tiene que ver con el monumento histórico en donde murió el padre de la patria. El Oficio No. 306 del folio 71 corrió la misma suerte ante el criterio equivocado del H. Tribunal. Ha debido

complementarlo con el Informe del Secretario de Agricultura para deducir necesariamente que el actor sí tenía contrato de trabajo presuntivo y ficcionado con el Departamento demandado. Pero se atuvo nuevamente al criterio del famoso lucro. Y por esto confirmó la sentencia, no obstante que la misma corporación practicó pruebas como éstas tan claras y concluyentes en beneficio de las pretensiones del actor”.

El Departamento se opone, y su vocero sostiene que el escrito de acusación es un alegato de instancia, que no puede prosperar porque al apreciar libremente el haz probatorio el sentenciador no incurrió en los errores de hecho pretendidos.

SE CONSIDERA:

Al motivar el fallo recurrido, el Tribunal de Santa Marta, después de enumerar algunas pruebas expresa: “la que sirve de base para solucionar la cuestión es el informe del Secretario de Agricultura y Ganadería del Departamento al Gobernador del Magdalena en donde se da cuenta exacta y pormenorizada de lo que hay al respecto. De ese informe se desprende que en verdad este Departamento tiene y ha tenido en los terrenos de San Pedro Alejandrino la Granja Agrícola del mismo nombre, en donde se desarrollan las siguientes actividades: cultivo de “árboles frutales, maderables y ornamentales para su distribución entre los agricultores”; producción de semilleros y venta de semillas seleccionadas a *precio de costo*; siembra de algunos cereales como maíz, frijoles, etc., todo para su distribución a precio de costo o de bajo costo en orden a su propagación y aprovechamiento en fincas de numerosos cultivadores y así cumplir los fines de la institución en beneficio de los agricultores y desarrollo de la agricultura en el Departamento.

“Resulta también de dicho informe que el Departamento fomenta en la referida granja la industria ganadera y avícola, ésta, especialmente, para la producción de huevos y pollos de raza seleccionada para vender a precios módicos.

“De la lectura detenida del referido informe, y de la comparación de los datos sobre cantidad de venta de los distintos productos de la Granja y sobre el valor de esta venta, se infiere fácilmente que el fomento y

sostenimiento de la Granja Agrícola de San Pedro Alejandrino por el Departamento del Magdalena, en manera alguna persigue fines de lucro, pues que éste no se obtiene con la venta de sus productos al precio de costo de producción, como es fácil comprenderlo a primera vista, y aún más analizando a fondo la cuestión, la Granja en realidad sólo persigue un fin de fomento agrícola, ganadero y avícola.

“Si se tiene en cuenta, además, el oficio dirigido por el Secretario de Agricultura y Ganadería del Departamento del Magdalena, bajo el número 306, con fecha 23 de junio último, es de concluir que corrobora la afirmación que antes se acaba de hacer en relación con el fomento y mantenimiento por parte del Departamento de la expresada Granja Agrícola, o sea que no persigue fin alguno de lucro, toda vez que sus productos están destinados a distribuirlos a quienes los solicitan a precio de costo, y con fines de fomento agropecuario.

“Es natural que no obtenga lucro alguno el Departamento con el establecimiento y mantenimiento de la supradicha Granja Agrícola, si todo lo que produce se distribuye con fines de fomento agropecuario, a título de venta pero a precio de costo de sus productos, tal como resulta acreditado en los documentos a que antes se ha hecho alusión.

“Y si esto es así, surge clara la conclusión de que los trabajadores que el Departamento haya mantenido y mantenga a su servicio en esa Granja, en manera alguna hayan estado y estén en el caso de excepción previsto en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1945, único en el cual entre los empleados públicos y la administración departamental, podría existir contrato de trabajo, con el consiguiente derecho a las prestaciones sociales derivadas de él”.

Es suficiente lo transcrito para mostrar que el sentenciador funda su decisión en los siguientes hechos, acreditados además con los informes de la Secretaría Departamental de Agricultura y Ganadería del Magdalena: la granja agrícola de San Pedro Alejandrino, en donde el demandante afirma haber prestado sus servicios como tractorista a jornal, está destinada por el Departamento al cultivo de viveros de árboles frutales, ornamentales y maderables, a la selección de semillas, a la siembra y cosecha de maíz y frijoles, a la cría de cerdos y pollos de raza, a la producción de

huevos, etc., y sus productos se venden a precio de costo, con lo cual ni siquiera se cubren los gastos de operación. Pues de estos hechos (y no de la ausencia de pruebas sobre los servicios alegados por el actor, o sobre el salario devengado, o sobre la existencia de reglamento de trabajo) deduce que el Departamento no busca fines de lucro con la granja, sino de fomento agrícola, de donde su vínculo con los respectivos trabajadores no puede constituir contrato laboral sino relación de derecho público.

Ahora bien: Ya se vió atrás que el impugnante acusa la sentencia "por violación indirecta, por error de hecho", de una larga serie de preceptos legales y reglamentarios, "al haber dejado de estimar en su verdadero valor" las pruebas que singulariza, entre ellas los informes de la Secretaría de Agricultura y Ganadería invocados por el fallador. Pero, aunque se extiende en importantes consideraciones jurídicas, omite concretar los pretendidos "errores" y antes parece dar por ciertos los hechos arriba resumidos, como cuando dice: "La granja en cuestión podría llegar a dar alguna utilidad, pero no manejada por el Departamento, el cual como se vé ha roturado la tierra a un costo realmente escandaloso, porque no tiene carros—tanques que le transporten el combustible a los lugares donde trabajan los tractores; mala administración que tiene que dar necesariamente pérdidas". Se ignora cuál pudo ser entonces la equivocada apreciación de los informes oficiales donde quedaron consignados esos mismos hechos.

Por fuerza de las exigencias técnicas del recurso extraordinario, que no constituye una tercera instancia, en toda acusación por vía indirecta, a través de errores de hecho, es ineludible confrontar los hechos admitidos o rechazados en el fallo con lo que resulte ostensible de las pruebas, para que aquéllos o su rechazo se destaquen como contrarios a la evidencia procesal. De no procederse así, y más si el acusador acepta los postulados fácticos de la sentencia, el ataque por esa vía carece de eficacia, aún en el evento de que las consecuencias jurídicas deducidas de tales hechos aparezcan ilógicas, arbitrarias o ilegales, pues entonces el error será de juicio pero no de hecho. Y los errores de juicio, independientes de las cuestiones de hecho, reclaman otro tratamiento en casación.

A tan radical defecto del "cargo único"

cabría agregar que un mismo precepto, el art. 4o. del Decreto reglamentario 2127 de 1945, se reputa infringido a través de errores de hecho y, simultáneamente, por interpretación errónea, lo que implica una inadmisibles confusión de dos conceptos antitéticos de la infracción. Como también que entre las normas sustanciales cuya violación se atribuye al sentenciador hay numerosas referencias al código sustantivo del trabajo, primera parte, no obstante que los arts. 3o. y 4o. del mismo estatuto las declare inaplicables a los trabajadores oficiales; y, finalmente, que de los pocos ordenamientos de derecho material que quedarían por estudiar (art. 17 de la Ley 6a. de 1945 y sus decretos reglamentarios 2767 y 1600 del mismo año y 797 de 1949), nada vuelve a decir el escrito acusatorio que indique cómo pudieron ser afectados por la decisión del Tribunal.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Lo cual no impide que la Sala, en ejercicio de su misión unificadora de la jurisprudencia laboral, rectifique el criterio, ostensiblemente recortado, que se trasluce en la motivación de la sentencia objeto del presente recurso. Según la transcripción que de ella se hizo, el fallador sólo toma en cuenta uno de los tres casos de excepción previstos en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1945 al reglamentar el art. 1o. de la ley 6a. del mismo año, que son: a). "construcción y sostenimiento de las obras públicas"; b). "empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro", y, c). "instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma". Ya la reiterada jurisprudencia de la Corte tiene explicado que los "fines de lucro" a que se refiere, con notoria impropiedad, el segundo aparte del citado reglamento ejecutivo, no pueden atribuirse a la Administración en el mismo sentido del incremento patrimonial que buscan los empresarios particulares, sino apenas como medios fiscales para la mejor atención del servicio público o como sistemas racionales de organización que permitan la costeabilidad de la empresa oficial; del mismo modo que la "identidad" de la institución oficial con cualquier establecimiento privado, de que habla otro apartado del precepto, no puede ser esencial o metafísica sino analógica, más que todo en razón de la "forma" externa de su fundación y manejo o de sus métodos

de operación. Y también por este último aspecto ha debido examinarse el trabajo de un tractorista a jornal en una granja agrícola oficial, y no exclusivamente por el de los "fines de lucro" que la entidad propietaria de la granja agrícola persiga, y las utilidades o pérdidas en dinero que esa institución de fomento agrario pueda representarle.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso porque, sin prosperar, la acusación ha permitido rectificar un criterio equivocado del sentenciador.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



PENSION VITALICIA DE JUBILACION

Pretendidos errores de hecho.— Anotaciones jurídicas al fenómeno de la transacción en el campo civil y en el laboral.— En el proceso laboral no rige la tarifa legal de pruebas y el Tribunal es libre en la formación de su convencimiento.— Cuantía de la pensión por despido después de 15 años de servicios, conforme a la legislación vigente cuando se causó el derecho.— Violación de los arts. 260 y 267 del C.S. del T.

*Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.—*Bogotá, D.E., mayo dieciseis de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Manuel Vicente Jiménez.— Auxiliar de Casación Laboral).

El señor JOSE VICENTE GUERRERO ENCISO, por medio de apoderado, presentó demanda laboral contra el INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO LIMITADA, con domicilio en Bogotá, para que se condene a esta Sociedad a pagarle una pensión vitalicia de QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$562.50) mensuales por haberlo despedido sin justa causa después de quince años de servicios.

Fundó la acción en los hechos siguientes:

PRIMERO.— El demandante trabajó al servicio del Instituto Farmacológico como director y organizador de la contabilidad desde el 1o. de octubre de 1943 hasta el 13 de febrero de 1959.—

SEGUNDO.— En el desempeño de ese cargo ejecutó permanentemente las siguientes labores: dirección técnica total de la contabilidad con renovación permanente de los sistemas en uso de acuerdo con las necesidades de la empresa y los nuevos métodos contables; enseñanza del sistema al personal necesario; permanente vigilancia para asegurar el cumplimiento de las instrucciones impartidas; implantamiento dirección y control del sistema de costos; ejecución de los balances semestrales y anuales; elaboración de declaraciones de renta; emisión y discusión de conceptos etc.—

TERCERO.— Como remuneración, de servicios devengaba el demandante un salario mensual de UN MIL PESOS (\$1.000.00).—

CUARTO.— El actor tiene más de cincuenta años de edad.

QUINTO.— Fué despedido del Instituto el 13 de febrero de 1959 sin motivo justificable.

SEXTO.— La sociedad demandada tiene un capital de más de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000.00).

Admitida la demanda y notificada legalmente, el Instituto la contestó oponiéndose a las súplicas y negando los hechos alegados, y propuso la excepción perentoria de carencia de acción consistente en que el actor no prestó a la empresa mediante contrato de trabajo, servicios por el tiempo que señala la ley para el reconocimiento de la pensión contemplada en el artículo 267 del Código Laboral.—

El juicio recibió la tramitación correspondiente en primera instancia y terminó con la sentencia que condenó al Instituto Farmacológico a pagarle a Guerrero ENCISO una pensión mensual vitalicia de CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$450.00) a partir del día 13 de febrero de 1959.— La parte demandada fué condenada en costas.—

Por apelación de ambas partes subió el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, cuya decisión modifica la del Juez, en el sentido de fijar en QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$562.50) la pensión mensual de jubilación que debe pagar al demandante el Instituto Farmacológico a partir del 13 de febrero de 1959 y de disponer que Guerrero

Enciso restituya a la empresa la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$2.835.90) que recibió por auxilios de cesantía, a cuyo pago la sociedad podrá aplicar las mensualidades causadas.— Sin costas en segunda instancia.—

La empresa demandada propuso contra dicho fallo el recurso de casación que oportunamente fué concedido y que la Corte declaró admisible.—

Como alcance de la impugnación se persigue la revocación total de la sentencia para que se absuelva a la parte demandada. En subsidio, que se case la sentencia en cuanto fijó en QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$562.50) la pensión en lugar de la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$450.00) que había sido señalada por el juzgado.—

La demanda de casación propone contra la sentencia del Tribunal los siguientes cargos:

PRIMER CARGO:

Se refiere a la fecha de ingreso del trabajador a la Empresa y se alega que la sentencia impugnada violó indirectamente los Artículos 267 y 260 del C.S.L. a consecuencia de errores ostensibles en la apreciación de pruebas.—

Según el recurrente, el Tribunal da por demostrado que el trabajador ingresó a la Empresa el 1o. de octubre de 1943 fundándose en el Certificado de Gerencia de fecha 1o. de julio de 1957 corriente al folio 2 de los autos, que así lo atestigua. Ese fundamento de la sentencia entraña errores de apreciación de los siguientes elementos de pruebas:

1) El Certificado de la Gerencia; tal documento no tiene fuerza de confesión judicial sino valor incompleto porque la Empresa alegó error inculpable al certificar que Guerrero trabajó desde el 1o. de octubre de 1943.— Siendo eso así, el Tribunal al examinarlo, debió aplicar el criterio del libre convencimiento y tener en cuenta otros elementos de información según los cuales el contrato de trabajo no comenzó sino en 1944.—

2) En el certificado de seguro de vida, folio 33 de 20 de octubre de 1944, firmado por el actor y reconocido en posiciones se contiene

la confesión válida de Guerrero sobre el hecho inconcluso de que ingresó al servicio de la Empresa el 1o. de octubre de 1944, y esta confesión no puede tener un valor legal inferior a la del Gerente.—

3) El dictamen pericial visible a folios 80/84 de los autos da la prueba definitiva del día en que inició labores el actor. En las planillas de pagos aparece que la empresa los inició a partir del 1o. de agosto de 1944, y también que Guerrero figura allí como contador y con retribución de \$100.00 mensuales, por lo cual debe reconocerse que ese día principió el contrato laboral, circunstancia que además, implica equivocación en el certificado de Gerencia.—

4) El libro de ventas y notas de contabilidad dan cuenta de que el movimiento contable en la Empresa solo se inició el 1o. de octubre de 1944, lo cual impide admitir que Guerrero hubiese sido el contabilista desde un año antes.—

5) El Tribunal desechó el testimonio de Manuel Castro, ingresado al servicio de la Empresa el 1o. de julio de 1944 quien no vió al contabilista sino mucho tiempo después.—

El recurrente concluye afirmando que los errores así anotados en cuanto a la estimación de las pruebas, indujeron al Tribunal a reconocer que Guerrero había trabajado en la Empresa por más de 15 años lo cual le daba derecho a la pensión jubilatoria.—

SEGUNDO CARGO:

Como subsidiario del primero el recurrente acusa la sentencia por violación del Art. 267 en virtud de evidente error de hecho en que el Tribunal incurrió al apreciar lo siguiente:

La confesión del actor contenida en el certificado del seguro de vida visible al folio 33 y el dictamen pericial visible a folios 80 y 84.—

El certificado de seguro de vida fechado en Bogotá el 20 de octubre de 1944 y firmado por Guerrero, reconocido además en posiciones, en que el actor confiesa haber ingresado a la empresa demandada el 1o. de octubre de 1944.—

El dictamen pericial en que aparece que la empresa solo inició pagos de salarios a partir del 1o. de agosto de 1944 y que Guerrero comenzó a percibirlos a partir de esa fecha según la planilla de pagos número 001.—

Estos elementos probatorios fueron

desestimados por el Tribunal y por consiguiente incurrió en un error de hecho evidente que lo llevó a dar por establecido que la fecha de ingreso del trabajador había sido el 1o. de octubre de 1943.—

La Corte procede a examinar conjuntamente estos dos cargos, por cuanto tienen un fundamento común y han sido propuestos como principal y subsidiario.—

El Tribunal reconoció que Guerrero Enciso estuvo ligado al Instituto Farmacológico por un contrato de trabajo desde el 1o. de octubre de 1943, en conformidad con el certificado de fecha 1o. de julio de 1957 visible al folio 2 del expediente.—

Su fallo tiene la siguiente motivación:

“Al folio 2 del expediente aparece un certificado expedido por el Gerente de la Sociedad demandada, según el cual el actor prestó servicios desde el 1o. de octubre de 1943 hasta la fecha del certificado, 1o. de julio de 1957.— La firma de ese documento fue debidamente reconocida ante el Notario. Por otra parte, en la contestación de la demanda se admite que el actor prestó servicios desde el 1o. de septiembre de 1948 hasta el 31 de diciembre de 1957, pero como trabajador independiente.— Según aparece en el dictamen rendido por el perito, en las declaraciones de renta de la sociedad, correspondientes a 1957 aparece la firma del señor Guerrero Enciso como revisor y contador inscrito y juramentado.— Según ese mismo dictamen el señor Guerrero recibió honorarios y sueldos durante todo el año de 1957.— A los folios 25 y 26 aparece el documento relativo al contrato de trabajo celebrado el 2 de enero de 1958 y al folio 31 la comunicación de terminación del contrato en uso de la cláusula de reserva. La sola prestación de servicios personales hace presumir la existencia del contrato de trabajo, de conformidad con el Art. 24 del C.S.T.— Si al presunto trabajador se le exigiera aportar la prueba de la continuada dependencia o subordinación carecería totalmente de objeto la presunción establecida por el artículo señalado, pues sería tanto como pedir la prueba de todos los elementos del contrato.— Comprobada la prestación del servicio corresponde al demandado desvirtuar la presunción probando que la prestación de servicios no estuvo sometida a subordinación o que el actor prestó esos servicios con ánimo de gratitud o fines altruistas.— De

conformidad con tal regla se estudia el acervo probatorio.—

“El documento que aparece al folio 2 del expediente contiene una confesión extra-judicial, de cuya existencia no hay duda y a la que se debe asignar pleno valor probatorio.— Es de presumir que toda persona prudente conoce o investiga previamente los hechos cuya existencia va a certificar.— En la costestación de la demanda se dice que tal certificado lo expidió el Gerente confiado en lo que sobre el particular le indicó el mismo trabajador.— Tal explicación es en extremo deficiente y constituye alegación de culpa propia.

“En su alegato el apoderado de la parte demandada sostuvo que el documento fue objetado por cuanto en la contestación de la demanda se dijo que el Gerente lo había expedido con fundamento en lo que al respecto le había comunicado el mismo trabajador, y que posteriormente se habían encontrado datos distintos.— En primer lugar observa esta Sala que la manifestación hecha en la contestación de la demanda contiene la negación de un hecho afirmado por el actor, y no una objeción expresa a la pretendida autenticidad del documento.— La objeción significa el desconocimiento de la firma que se pretende auténtica.— Y mal podría valer la objeción puesto que el documento ya había sido reconocido por atestación de Notario al tenor del tercer inciso del Art. 646 del C.J.— La confesión judicial puede tener mérito de plena prueba si a juicio del Juez no queda duda alguna acerca de la confesión misma.— Y si, por no existir esa duda, alcanza la confesión ese mérito probatorio, debe el confesante, si pretende desvirtuarla, demostrar haber incurrido en error de hecho inculpable o explicable. Tal demostración no se produjo en autos.—

“Se pretende que la prestación de servicios se inició el 1o. de octubre de 1944, y al efecto se presentó copia de una póliza de seguros que así—lo dice: Pero, según el dictamen del perito, en los libros de contabilidad de la Empresa existen constancias de pagos de salarios al actor desde el 1o. de agosto de 1944, fecha anterior a la indicada en la mencionada póliza y que le resta valor probatorio a los efectos pretendidos.— El señor Manuel Antonio Castro declaró que había ingresado al servicio de la Empresa el 1o. de julio de 1944 y que vió al señor

Guerrero mucho tiempo después.— Tal manifestación queda también sin valor ante el hecho de que solo un mes después ya recibía salario el actor.—

“El hecho de que un libro de contabilidad se hubiera iniciado con el registro del movimiento contable del mes de octubre de 1944 y con la primera factura de esa fecha hubiera comenzado a prestar servicios el trabajador, porque este bien pudo haber estado dedicado anteriormente a labores distintas al registro directo contable, tales como la misma organización del sistema de contabilidad y la elaboración del catálogo de cuentas.— Además, debe repetirse que en el dictamen pericial se afirma que el actor recibió salarios desde fecha muy anterior a la iniciación del registro en el citado libro.—

“Todo lo dicho conduce a la conclusión de que la parte demandada no logró desvirtuar lo certificado por su representante legal, ni de haber incurrido en error inculpable o excusable”.—

La Corte estima que la solidez de los argumentos copiados no ha sido desquiciada con los razonamientos del recurrente, los cuales no alcanzan a demostrar la comisión de los pretendidos errores de hecho por parte del Tribunal, ni mucho menos la evidencia de tales errores.— Así pues, basta la certificación del Gerente del Instituto Farmacológico, fechada a 1o. de julio de 1947, reconocida por su signatario en la Notaría 3a. de Bogotá, para que no pueda reputarse contraria a la evidencia la conclusión del sentenciador en el sentido de que los servicios de Guerrero duraron todo el tiempo que en dicho certificado consta.—

Por tanto, se desechan los dos primeros cargos.—

CARGOS TERCERO Y CUARTO.—

El recurrente afirma que la sentencia de la segunda instancia viola directamente los Arts. 15, 24, 267, del C.S.L. y 2469 y 2483 del Código Civil al desconocer los efectos legales del contrato que se hizo constar en la Carta de fecha 31 de diciembre de 1957 firmada por José Vicente Guerrero, según la cual celebró con la empresa una transacción sobre sus prestaciones laborales que ella ha negado y consistente en recibir UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$1.744.41)

y reconocer expresamente que no ha sido trabajador dependiente de la empresa ni ha tenido derecho a prestaciones.

Para el recurrente ese pacto reúne los requisitos de la transacción a la luz de los preceptos citados, y siendo eso así el sentenciador al negarlos desconoció sus naturales efectos, infringiendo las normas legales que los rigen.—

De otro lado sostiene que el sentenciador incurrió en evidentes errores de apreciación de pruebas con violación consecuencial de los mismos cánones, así:

1o.— Carta transacción. Según aparece de la carta ya mencionada de fecha 31 de diciembre de 1957 el actor presenta renuncia del cargo que desempeñó como auditor y declara que en atención a que la compañía le ha negado prestaciones sociales por considerarlo como contratista independiente ha llegado con aquella a una transacción mediante el pago de UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$1.744.41) y al efecto reconoce que no ha sido trabajador dependiente ni ha tenido derecho a prestaciones. Al examinar el Tribunal la carta en referencia llega a la falsa conclusión de que las declaraciones que contiene no constituyen una verdadera transacción.—

2o.— Existe en los autos al folio 17 un recibo de Guerrero por la cantidad de dinero indicada en el punto anterior y ese documento concurre a demostrar la existencia de la transacción celebrada entre las partes; como el Tribunal le desconoció su valor probatorio, incurrió en un error flagrante en su apreciación.—

3o.— Apreció indebidamente el Tribunal las declaraciones de Guillermo Becerra, Leonidas Valencia y Ester Caicedo por cuanto vió en ellas la demostración de la existencia del contrato de trabajo entre Guerrero y la empresa, apreciación que se contradice abiertamente con el texto mismo del documento de transacción.—

4o.— Es exagerado el alcance que el Tribunal le da a la imputación contable de UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$1.744.41) como pago de pensión, en la declaración de renta de la sociedad correspondiente al año de 1957, por haber sido el mismo Guerrero quien elaboró esa declaración de renta, según confiesa en

posiciones el gerente de la empresa, y porque la inclusión de ese valor en la declaración tenía efectos fiscales.—

En relación con estos particulares, el fallo de segunda instancia consideró lo siguiente:

“También pretende la parte demandada que la prestación de servicios durante el lapso comprendido entre el 1.º de septiembre de 1948 y el 31 de diciembre de 1957, no estuvo regida por un contrato de trabajo puesto que el actor fue un trabajador independiente. Su principal prueba de esta afirmación consiste en el documento que obra al folio 32 del expediente, en el cual el señor Guerrero, a manera de transacción reconoció que no había sido trabajador independiente de la empresa. En primer lugar se observa que en ese documento se dice haber llegado a una transacción respecto al pago de prestaciones sociales, que la empresa había negado por negar también la existencia del contrato de trabajo. No obstante lo cual se reconoció y pagó al trabajador la suma de UN MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (1.744.41). A título de qué?. Según el dictamen pericial esa suma fué incluida en la declaración de renta de 1957 como auxilio de cesantía pagado al señor Guerrero Enciso. Pero es más: en la misma declaración aparece incluido un pago al señor Guerrero por concepto de prima de servicios. Y lo mismo aparece en las planillas contables de ese año.— La afirmación de que tales asientos contables los registró el mismo trabajador carece por completo de respaldo.—

En el Artículo 15 del C.S.T., se dice que es válida la transacción salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, pero la transacción debe versar sobre derechos u obligaciones originados en el contrato de trabajo, pero no puede recaer sobre la existencia o inexistencia del mismo contrato. Aceptarlo así sería desvirtuar las finalidades protectoras de la norma, y permitir renunciaciones generales de todos los derechos conferidos al trabajador por las leyes sociales. Por otra parte, la transacción es un contrato, y como tal debe tener un objeto. El objeto debe ser uno o más determinados derechos discutidos. En la pretendida transacción no se determina el derecho discutido y sobre el cual versa el arreglo. El trabajador recibió una determinada suma de dinero a cambio de reconocer que carecía totalmente de derecho. Y según el

Art. 2475 del C.C., no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.— El documento presentado contiene el absurdo de que la Empresa pagó una determinada suma de dinero por derechos inciertos que reputaba inexistentes. Y pagó, no para que el trabajador declarara que con esa suma quedaban satisfechos sus derechos, sino para que declarara que carecía y había carecido de todo derecho. Y, así lo dice expresamente el documento: “Y en consecuencia reconozco que no he sido trabajador dependiente de la compañía y en consecuencia no he tenido derecho a prestaciones de ninguna clase”. Y entonces ¿cual fué el concepto de pago?.

“Debe observarse que al día siguiente de firmado este documento se celebró un nuevo contrato de trabajo entre las partes, con un salario muy superior, lo que permite presumir el interés de evitar el aumento consiguiente del valor de prestaciones sociales.—

“La transacción, que entraña concesiones de parte y parte, supone la aceptación, en principio del derecho o derechos discutidos, y su satisfacción. No puede considerarse como transacción el pago hecho a cambio de la declaración de que se carece y se ha carecido de todo derecho, pues entonces se estaría ante un pago de lo no debido.

“Por tales razones el Tribunal no acepta el documento presentado como prueba de inexistencia de relación laboral.— A lo sumo ese documento puede configurar una transacción sobre la clase y cuantía de las prestaciones causadas en ese entonces, lo que sería prueba afirmativa de la existencia del Contrato de Trabajo.

“Además, según las declaraciones de los señores Guillermo Becerra, Leonidas Valencia y Ester Caicedo el señor Guerrero trabajó al servicio de la Sociedad en forma continua durante gran parte del lapso discutido. Y los pagos comprobados por concepto de cesantía y prima de servicios, prestaciones exclusivas del contrato de trabajo, contribuyen a fundar la convicción de la Sala de que las relaciones del Señor Guerrero con la sociedad demandada, estuvieron regidas durante todo el tiempo indicado en la demanda, por un contrato de trabajo.

“Las eventuales modalidades del contrato respecto a horario, asistencia a las oficinas o denominación del salario, no desvirtúan en forma alguna esa apreciación ya que tales

modalidades siempre tienen su correspondencia en la cuantía de la remuneración.

Así queda demostrado y admitido que el actor prestó servicios a la Sociedad durante 15 años, 4 meses y 15 días”.

SE CONSIDERA:

Para sustentar su tercer cargo, por violación directa de la ley, hace el recurrente importantes anotaciones jurídicas al fenómeno de la transacción en el campo civil y en el laboral y a los comentarios jurisprudenciales sobre la materia, cuyo estudio de fondo sería pertinente si en el caso sub-lite se estuvieran discutiendo salarios, prestaciones o indemnizaciones causados en el lapso a que la pretendida transacción se contrae, y el Tribunal desconociera la validez del contrato visible al folio 32 del expediente o su eficacia liberatoria de las respectivas obligaciones. Pero la transcripción que acaba de hacerse muestra cómo, a pesar de sus críticas a los términos del convenio (en la que, al lado de glosas muy atinadas se escaparon conceptos demasiado absolutos y aún frases desafortunadas que el impugnador censura como razón), el sentenciador no lo rechaza totalmente y aún lo admite en hipótesis en cuanto modo extintivo de ciertas obligaciones: “A lo sumo, ese documento puede configurar una transacción sobre la clase y cuantía de las prestaciones causadas en ese entonces”.

De lo cual se deduce, que, según el ad-quem, el documento aludido es apenas un elemento de prueba para los efectos del problema central que se debate, a saber: si los servicios personales del actor, en el período de 1.948 a 1.957, presuntivamente dependientes (Art. 24 del C. S. T.), fueron en realidad independientes. Es con esa calidad y para esos fines como entra a valorarlo (“También pretende la parte demandada que la prestación de servicios durante el lapso comprendido entre el 1o. de septiembre de 1.948 y el 31 de diciembre de 1.957, no estuvo regida por un contrato de trabajo puesto que el actor fue un trabajador independiente. Su principal prueba —se subraya— de esa afirmación consiste en el documento que obra al folio 32 del expediente...etc.”). Por lo mismo, el planteamiento del ataque principal por vía

directa, vale decir, independientemente de las cuestiones probatorias, es inadmisibile.

En cambio, el cargo subsidiario toma acertadamente la vía indirecta, y atrás quedaron resumidas las observaciones del acusador a la apreciación de las pruebas que singulariza. Ahora bien: Salvo la declaración del actor en la carta del folio 32, ninguna de las otras pruebas señaladas por el recurrente se refiere a la independencia en el servicio: ni los testigos, ni el dictamen pericial, ni el libelo inicial, ni el comprobante de pago, ni las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad. Por el contrario, los testigos que el sentenciador invoca refuerzan la naturaleza subalterna del trabajo del actor. Quedarían así enfrentados, de un lado la confesión de éste sobre su autonomía, “en consecuencia de una transacción; del otro, la presunción legal de dependencia y los testimonios, además del valor indiciario que en el fallo se atribuye al nuevo contrato, vigente desde el 2 de enero de 1.958 (F. 25), cuya estimación no aparece impugnada.— Así las cosas, y no rigiendo en el proceso laboral la tarifa de pruebas, el Tribunal era libre para la formación de su convencimiento (Artículo 61 del C. P. L.), y no puede reputarse contrario a la evidencia su mantenimiento de la presunción legal del trabajo subalterno.— Los cargos examinados no prosperan.—

QUINTO CARGO:

Se acusa la sentencia del Tribunal por violación indirecta de los Arts. 24, 260 y 267 del C.L.P., como consecuencia de errores de hecho ostensibles que indujeron al Tribunal a dar por demostrado sin estarlo que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1o. de septiembre de 1.948 y el 31 de diciembre de 1.957.—

Proceden los errores de haberse apreciado mal varias pruebas y de haberse dejado de apreciar algunas otras.—

Pruebas mal apreciadas:

1o.— La carta de fecha 31 de diciembre de 1.957 suscrita por José Vicente Guerrero en la cual reconoce que durante el tiempo anterior a su fecha no trabajó en dependencia de la empresa. Como el Tribunal desconoció el hecho testificado en la carta, incurrió en error evidente de apreciación.—

2o.— En los testimonios de Guillermo Becerra, Leonidas Valencia y Ester Guerrero.

encontró el Tribunal la prueba de que Guerrero trabajó al servicio de la empresa "en forma continua" durante gran parte del lapso discutido.— Es decir que durante ese tiempo existió entre las partes el contrato de trabajo.

Sin embargo los testimonios carecen del valor que les atribuye el Tribunal porque Valencia declara por referencias o sea de oídas; Caicedo atestigua que Guerrero como auditor iba unos días a la oficina y otros no, lo cual demuestra la inexistencia del contrato de trabajo, y Becerra relató hechos que están en absoluto desacuerdo con la carta mencionada arriba y que contiene la confesión del demandante sobre su propia autonomía.—

3o.— El Tribunal tuvo en cuenta que la certificación del gerente, visible al F. 2., se refiere al cargo de auditor que desempeñaba pero desconoció la carta de éste último según la cual fue trabajador independiente.—

Pruebas que el Tribunal dejó de apreciar.—

1o.— En las posiciones absueltas por Guerrero, consta por su propia confesión que desde 1.958 no estaba sujeto a horario fijo de trabajo lo cual significa su absoluta independencia.— También confesó que hacía otros trabajos para terceros y se ocupaba en diversas actividades, lo cual confirma que era trabajador independiente.—

2o.— El testigo Manuel Antonio Castro afirma haber sido trabajador de la empresa y constarle que Guerrero apenas trabajaba en forma intermitente. Esta circunstancia demuestra su calidad de trabajador independiente.—

3o.— El Gerente del Instituto Farmacológico dice en sus posiciones que desde 1.948 a 1.957 Guerrero no fue empleado de la empresa y que así se lo informó el mismo Guerrero en conversaciones privadas.

4o.— El testigo Alberto Conde declara que solamente veía a Guerrero cuando éste iba a cobrar sus honorarios, circunstancia indicativa de trabajo independiente.—

5o.— En el dictamen pericial constan varias circunstancias que demuestran la inexistencia del contrato de trabajo, así: a) recibió por concepto de honorarios DOS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$2.200.00); b) según planillas de 1.944 a 1.948 recibió sueldo mensual; c) a partir de septiembre de 1.948 pasó a ser auditor independiente con DOS MIL DOSCIENTOS PESOS (\$2.200.00)

anuales; d) según copia de 3 de mayo de 1.949 no figura en los seguros como trabajador de la empresa, y se indica que ingresó a ella el 2 de enero de 1.958 y e) por ser trabajador independiente no estuvo vinculado a la empresa por contrato de trabajo desde el 1o. de septiembre de 1.948 hasta el 31 de diciembre de 1.957.—

Los elementos probatorios indicados anteriormente demuestran la inexistencia del contrato de trabajo, pero el Tribunal no los estimó, incurriendo así en error de hecho evidente.—

LA CORTE CONSIDERA:

Al examinar los cargos anteriores se vió cómo el Tribunal comentó acertadamente los principales medios de prueba en que el recurrente vuelve a insistir en el presente capítulo de su acusación a la sentencia.—

En sus apreciaciones el Tribunal no incurrió en equivocación evidente al apreciar el mérito de la carta de fecha 31 de diciembre de 1.957; de las declaraciones de Guillermo Becerra, Leonidas Valencia y Ester Caicedo, y del dictamen pericial.—

En cuanto a las demás objeciones, si el Tribunal no hizo comentario sobre las pruebas que según el recurrente dejó de apreciar, ello se debe a que son elementos de escasa utilidad ilustrativa.—

En efecto de las posiciones absueltas por Guerrero, de las pedidas al Gerente del Instituto, de los testimonios de Manuel Antonio Castro y Alberto Conde no surge ninguna prueba concluyente de la pretendida autonomía del trabajador.—

Así, pues, el cargo debe desecharse.—

CARGOS: SEXTO Y SEPTIMO.

En estos, el recurrente objeta la sentencia del Tribunal por cuanto señaló como pensión vitalicia la cantidad de QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS, CON CINCUENTA CENTAVOS (\$562.50) mensuales.—

Afirma el recurrente que el Tribunal violó directamente los Arts. 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo, al fijar dicha cantidad como cuantía de la pensión. Dice que según el Art. 267 el trabajador despedido sin justa causa después de 15 años de servicios tiene derecho a una pensión vitalicia equivalente al

75o/o de la pensión de jubilación que le hubiera correspondido en caso de reunir los requisitos legales. Y el Art. 260 de la misma obra dispone que la pensión vitalicia de jubilación en ningún caso podrá ser inferior a SESENTA PESOS (\$60.00) ni superior a SEISCIENTOS PESOS (\$600.00).— En el caso de autos Guerrero devengó un último sueldo de UN MIL PESOS (\$1.000.00), y sobre esta base la pensión vitalicia de 20 años no podía exceder de SEISCIENTOS PESOS (\$600.00). Por tanto corresponde a la pensión de 15 años el 75o/o de esta última cantidad, o sea la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$450.00).—

El recurrente tiene razón en estos reparos porque la cuantía de la pensión por despido después de quince años de servicios, conforme a la legislación vigente cuando se causó el derecho, era del 75o/o de la pensión prevista en el Art. 260 del C. S. T., que tenía un máximo de SEISCIENTOS PESOS (\$600.00) y el 75o/o de esta cantidad máxima son CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$450.00).

Por tanto, se casará parcialmente la sentencia del Tribunal para ajustar la cuantía

de la pensión reclamada a los términos de las normas entonces en vigor.—

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida y reforma su numeral 1o. en el sentido de fijar en la cantidad de CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$450.00) la pensión mensual de jubilación que el INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO LIMITADA, debe pagar a JOSE VICENTE GUERRERO ENCISO a partir del día 13 de febrero de 1.959.—

No la casa en lo demás.—

Sin costas en el recurso.—

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.—

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR GRAVE INDISCIPLINA DE TRABAJADOR AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS UNIDAS DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA.

Carácter oficial de los trabajadores de esta empresa.— El precepto del Art. 64 del C.S. del T., es inaplicable a la generalidad de las vinculaciones laborales de empresas oficiales.— Potestad patronal para sancionar al subalterno, aún con el despido, por indisciplina en el desarrollo de las relaciones de trabajo.—

1.— El precepto contenido en el Art. 64 del CST, es de los que la sentencia misma declara con toda razón inaplicable a la generalidad de las vinculaciones laborales con empresas oficiales, independientemente de las cuestiones de hecho, por fuerza del claro ordenamiento de los Arts. 3o., 4o. y 492 de dicho código.

2.— Cuando el sentenciador califica la conducta del empleado como "grave indisciplina, además de injurias a personal directivo de la empresa, durante las labores y con motivo del ejercicio del empleo", que justificó plenamente su despido, no hace sino entender y aplicar con rectitud las prescripciones legales sobre la consideración y el respeto que también el subalterno le debe al superior, la simple agresión verbal como perturbadora de la necesaria disciplina en el establecimiento y la potestad patronal para castigar, aún con el despido, esa suerte de desórdenes en el desarrollo de las relaciones de trabajo.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

HECTOR VARGAS ARCHILA acusa en casación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que confirma la del Juzgado 4o. del Trabajo de Bogotá por la cual se absolvió a las EMPRESAS UNIDAS DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA de la indemnización por perjuicios materiales y morales derivada del despido injusto que Vargas atribuye a dicha entidad, para que, infirmada aquella sentencia, se condene a las Empresas por el concepto indicado.

El acusador concreta su único cargo en "la violación indirecta del Art. 64 del CST, por errónea interpretación o mejor apreciación de las declaraciones de los señores José Ronaldo Alvarez González, Dr. Jorge E. Sabogal Perilla, Eliseo Herrera Hernández y Luis Fonseca, a consecuencia de errores de hecho y de derecho".

Al sustentarlo, expresa que la primera de esas declaraciones "se refiere a hechos distintos a los alegados como justificativos del despido" y la segunda "constituye el clásico testimonio de oídas", de donde el sentenciador, que les da crédito, incurrió en "error de derecho", agregando: "Si es protuberante el error de derecho, huelga hacer cualquier comentario al error de hecho cometido en la apreciación de este elemento probatorio".

Del testigo Eliseo Herrera afirma que "es nada menos que la persona con la cual, se dice, el señor Vargas Archila tuvo el incidente que motivó el despido. . . es jefe de personal e inmediato superior" de Vargas. . . ; "es el injuriado. . . es un testimonio interesado. . . ; además, este testimonio está contradicho por la declaración del señor Luis Fonseca, único testimonio que se puede considerar imparcial". Y al comentar lo aseverado por Fonseca transcribe su relato del incidente: "el señor Herrera le dijo a Vargas, en tono subido, 'me voy para la Auditoría'; entonces el señor Vargas le dijo a Herrera que él era un falso, que por delante era una cosa y por detrás otra, y entonces el señor Herrera le dijo 'miente' a Vargas", para concluir: "De esta declaración resulta que el verdaderamente

agraviado fue el señor Héctor Vargas Archila y no el señor Herrera. Fue el señor Herrera quien lanzó la palabra ofensiva al señor Vargas y que el señor Vargas prácticamente se la aguantó". La equivocada apreciación de estas dos últimas deposiciones por el Tribunal, que en ellas encontró la prueba de la justa causa invocada por las EMPRESAS para despedir a Vargas, constituye evidente error de hecho.—

En cuanto a la norma sustancial infringida, y al concepto de su violación, nada vuelve a decirse en la demanda de casación.

Las EMPRESAS, en su escrito de oposición, alegan que la estimación de la prueba testimonial no induce a error de derecho; que los testimonios citados fueron bien apreciados y que la impugnación adolece de fallas técnicas que bastan para hacerla ineficaz.

SE CONSIDERA:

El sentenciador motivó así su decisión:

"Al folio 1 del expediente aparece un documento que contiene la comunicación de despido hecha al trabajador por el Abogado Jefe de Personal de la Empresa y en la que se le manifiesta que tal determinación fue motivada por haber incurrido el trabajador en grave falta consistente en indisciplina y en graves injurias a su superior jerárquico. Según esa comunicación, el señor Almacenista General de la Empresa informó al Jefe de Personal que el trabajador Héctor Vargas Archila lo había injuriado gravemente con motivo de una observación relacionada con las funciones a su cargo. Tales injurias consistieron en que el trabajador calificó a su superior de intrigante y mentiroso. El señor Eliseo Herrera Hernández, Almacenista General de la empresa demandada, superior del trabajador y víctima de sus ofensas, declaró en juicio y ratificó la versión del informe que dió de los hechos al Jefe de Personal. El doctor Jorge Sabogal Perilla, Jefe de Personal de la Empresa, declaró en juicio y reconoció el texto de la comunicación de despido que pasó al trabajador, y declaró además que el señor Vargas había reconocido en su presencia la verdad del incidente habido con el Almacenista General y dió a ese incidente el carácter de un asunto personal. El señor Luis Fonseca, trabajador de la empresa, relató que había presenciado el incidente ocurrido entre el señor Héctor Vargas Archila

y su superior el Almacenista General y manifestó que Vargas había dicho al Almacenista que era "un falso y que por delante era una cosa y por detrás otra", declaración que corrobora, en términos generales, la versión de la empresa demandada.

"Los hechos en que incurrió el trabajador constituyen grave indisciplina, además de injurias a personal directivo de la empresa, durante las labores, y con motivo del ejercicio del cargo. Tal hecho constituye justa causa, de conformidad con el ordinal 2o. del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, para que el patrono de por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y sin previo aviso. Debe observarse que la disposición aplicable es la ya citada y no el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de que los trabajadores al servicio de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá tienen el carácter de trabajadores oficiales".

El hecho que el Tribunal da por demostrado con las declaraciones de los testigos (inclusive la de Fonseca, cuya veracidad admite el propio recurrente) consiste en que Vargas, durante el servicio, le dijo a su superior jerárquico "que era un falso y que por delante era una cosa y por detrás otra". Ese hecho no aparece contrario a la evidencia procesal. Como la ley no exige solemnidades sustanciales para la prueba de episodios de tal clase, es inadecuado hablar de error de derecho (Art. 87 del CPL.). Así, los supuestos medios que, según el acusador, condujeron a la violación de la norma sustantiva carecen de fundamento. Pero hay más: el único precepto cuya infracción se atribuye a la sentencia, el Art. 64 del CST, es de los que ella misma declara con toda razón inaplicables a la generalidad de las vinculaciones laborales con empresas oficiales, independientemente de las cuestiones de hecho, por fuerza del claro ordenamiento de los Arts. 3o., 4o. y 492 de dicho código, planteamiento jurídico que el impugnante ni siquiera intenta combatir. En consecuencia, se rechaza el cargo.

No sobra, sin embargo, agregar que cuando el sentenciador califica la referida conducta del empleado como "grave indisciplina, además de injurias a personal directivo de la empresa, durante las labores y con motivo del ejercicio del empleo", que justificó plenamente su despido, no hace sino entender

y aplicar con rectitud las prescripciones legales sobre la consideración y el respeto que también el subalterno le debe al superior, la simple agresión verbal como perturbadora de la necesaria disciplina en el establecimiento y la potestad patronal para castigar, aún con el despido, esa suerte de desórdenes en el desarrollo de las relaciones de trabajo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



NATURALEZA DEL CONTRATO.—INDEMNIZACION POR MORA

Vinculación laboral regida por contrato de trabajo en virtud de la presunción legal instituída en el Art. 24 del CST.— La participación de utilidades como tipo de retribución, no es incompatible con el contrato de trabajo donde la ley lo reconoce como modalidad salarial.— Cuándo hay lugar a error de derecho en la casación del trabajo.— Omisión del impugnante al no indicar como infringidas las normas de derecho sustancial que el fallador aplicó.— Cuando se trata de salarios variables, su promedio debe servir para la sanción moratoria. —

1o.— En cuanto al "error de derecho", para desestimarlos basta recordar que conforme al Art. 87 del CPL, "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto. . . y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo"; calidad que no tienen ni la presunción legal, ni las cartas ni las planillas que el impugnante invoca, pues la ley no exige solemnidad ninguna para la validez del contrato de trabajo o de la sociedad de hecho, ni un determinado medio probatorio para su demostración.—

2o.— La jurisprudencia tiene admitido que cuando se trata de salarios variables, como lo son generalmente las participaciones en utilidades aunque el trabajador reciba avances uniformes y periódicos a cuenta de las mismas, debe servir su promedio para la sanción moratoria. Pero un entendimiento contrario, sobre datos numéricos que no se discutan, podrá conducir a la infracción directa del precepto legal; de ningún modo a su violación indirecta por errores de hecho.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

Está acusada en casación por ambos contendientes la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que confirma la de primera instancia, proferida por el Juzgado del Trabajo de la misma ciudad, por medio de la cual fue condenado GUSTAVO MANRIQUE a pagarle a CARLOS EDUARDO CARDENAS JIMENEZ, determinadas sumas a

título de cesantía, primas de servicio, compensación de vacaciones e indemnización moratoria, como trabajador suyo en una finca de algodón, pues el primero pretende la absolución total porque el contrato discutido fue de sociedad y no de trabajo, en tanto que el último aspira a que se mantengan las condenas principales pero se doble la cuantía básica de la sanción por mora en el pago. En razón de su alcance, debe examinarse la impugnación de Manrique antes que la de Cárdenas.

I.— LA NATURALEZA DEL CONTRATO.

Formula Manrique contra la sentencia dos cargos, así:

"PRIMER CARGO.— Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que condujeron al Tribunal a la violación directa e indirecta de ley sustantiva, causal que es la primera de las que consagra el artículo 87 del C. de P. Laboral.

"ERROR DE HECHO.— Este cargo lo hago consistir en la apreciación errónea y falta de apreciación de varias de las pruebas traídas a los autos. En efecto, fueron mal interpretadas las siguientes pruebas: a).— Las declaraciones de Manuel Antonio Anzola, Ricardo Martínez, Ricardo Chunchilla Martínez, Víctor Manuel Balaguera; b).— La diligencia de inspección ocular llevada a cabo en las oficinas del demandado. Y el mismo sentenciador dejó de apreciar varios documentos, a saber: 1o.— El poder que obra al folio 1; 2o.— Los documentos que obran a los folios 3, 26 a 27 del C. No. 1."

En seguida comenta las pruebas

singularizadas para concluir que los testimonios "sólo prueban que el actor estuvo trabajando en la Algodonera de la Gran Vía, pero ninguno de los deponentes se atreve a afirmar que el demandante Cárdenas haya suscrito contrato alguno de trabajo y mucho menos que conozcan vínculo alguno de dependencia entre el actor y el demandado"; que si en la inspección ocular se acreditó el pago de una remuneración fija a Cárdenas como administrador de la finca y de avances a buena cuenta de utilidades, "el Art. 24 del CST. no parte de la exclusiva base del pago de una remuneración sino de la concurrencia real o aparente de los tres elementos que configuran la relación de trabajo", fuera de que las planillas de pago aparecen firmadas por Cárdenas, quien "las redactó en la forma más conveniente para él", y no por Manrique "y por eso no producen fé contra él"; que el poder de f. 1, para demandar a Gustavo y Carlos Alberto Manrique, indica una relación asociativa, y en las cartas se habla de "la cosecha que usted y yo efectuamos" y de gastos y utilidades por distribuir en relación con las cosechas.

Y agrega: "**ERROR DE DERECHO.**— Los errores de hecho de que trata este cargo llevaron al sentenciador a incurrir en error de derecho porque dió a las pruebas citadas por el Tribunal, o sea la inspección ocular practicada, el valor de una presunción de derecho, siendo así que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo solamente consagra una presunción legal que puede ser desvirtuada, como en efecto lo fue, con las cartas y pruebas que el sentenciador dejó de apreciar y pasó por alto. Resulta de aquí que hubo error de derecho por mala interpretación del Art. 24 del C.S.T. Se violó también, de modo directo, el Art. 66 del C.C. porque se dió la fuerza de una presunción de derecho a la que la ley consagra como simplemente legal; y como consecuencia de los mismos errores de hecho, especialmente al haber pasado por alto la carta del 17 de junio de 1.959 (F. 27 del C. No. 1) y la del folio 26 del mismo cuaderno, se infringieron los Arts. 637 y 645 del C. J., pues tales documentos contienen la confesión plena de la inexistencia del contrato de trabajo y de la celebración de un contrato de sociedad. Por otra parte, las planillas que menciona el Tribunal y que no fueron firmadas por el demandado sino por el actor, no pueden interpretarse en contra de

aquél, circunstancia que implica igualmente la violación del Art. 637 del C.J. citado".

Conforme al **SEGUNDO CARGO**, el sentenciador "incurrió igualmente en la causal primera del artículo 87 del C. de P. Laboral, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de ley sustantiva. Hubo error de hecho por falta de apreciación de otras pruebas que adelante menciono, las cuales indujeron al sentenciador a violación de la ley sustantiva.

"**ERROR DE HECHO.**— Aunque cité en el cargo anterior este mismo error de hecho, lo menciono nuevamente en este cargo para demostrar nuevas violaciones de la ley sustantiva en que incurrió el Tribunal.

"El sentenciador dejó de apreciar la carta del 17 de junio de 1.959 (f. 27 del C. No. 1), cuyo texto es el siguiente: 'He tenido conocimiento de que el saldo pendiente en poder del IFA, y el cual estaba (sic) retenido hasta que se terminara de destruir la soca de "LA COSECHA QUE USTED Y YO EFECTUAMOS ya le fue devuelto'. 'En virtud de que la totalidad de los dineros producidos por la cosecha ya fueron recibidos por usted y la totalidad de los gastos fueron hechos, le agradezco se sirva usted hacer la liquidación de las utilidades de la misma y UNA VEZ DEDUCIDOS LOS DINEROS POR MI RECIBIDOS se sirva usted remitirme el saldo pendiente a mi favor'. (F. 27 del C. No. 1).—

"También dejó de apreciar la prueba resultante de la carta que obra al folio 26 del C. No. 1. en la parte que dice: '...yo no aceptaba que esa multa si se me imponía me la cargara como gasto de la cosecha...'

"De las pruebas acabadas de mencionar se desprende inequívocamente la inexistencia del contrato de trabajo que el sentenciador tomó como supuesta base de su condena. En efecto, tales pruebas acreditan que entre Cárdenas y Manrique sólo hubo un contrato de compañía o de sociedad, y prueban igualmente que no hubo continuada subordinación o dependencia del demandante hacia el demandado, pues aquél gozó de completa y absoluta libertad, la que incluía contratar el personal de trabajadores de su dependencia, hacer toda clase de gastos y dirigir la siembra, la recolección de la cosecha y la venta de esta última".

.....
"El Tribunal pasó igualmente por alto el

documento que figura al folio 3. del C. No. 1. que contiene la liquidación de la compañía que existió entre el actor y el demandado. En este documento, que fue objeto de reparo por el demandante pero no en su fondo sino en uno de sus detalles, consta la liquidación que se hizo entre demandante y demandado y acredita suficientemente la naturaleza de la relación jurídica que existió entre ellos, relación que en ningún caso tiene los caracteres de un contrato de trabajo”.

“Los documentos que pasó por alto el Tribunal y que menciono de manera concreta, constituyen un error de hecho del sentenciador que lo indujo a error de derecho, como lo veremos en seguida:

“**ERROR DE DERECHO.**— Al haber creído erróneamente que entre el demandante y el demandado existió una relación jurídica que configura el contrato de trabajo, violó de modo directo las disposiciones contenidas en los Arts. 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y de modo indirecto el Art. 3o. del mismo código que circunscribe la aplicación del Código de Trabajo a las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular, y en ningún caso a las que se desprenden del Código Civil o del Código Comercial en lo que a sociedades se refiere.

“Aparte de la prueba sobre cobro de un emolumento mensual que el actor se asignaba por sí y ante sí en las listas de trabajadores, no aparece por ninguna parte la prueba de los vínculos de dependencia entre el demandante y el demandado, ni tampoco de la obligación de desempeñar sus funciones en forma personal. Por este aspecto, resulta directamente violado el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”.

SE CONSIDERA:

En relación con la naturaleza jurídica del vínculo que unió a los litigantes, la motivación de la sentencia impugnada reza:

“Las partes no están de acuerdo en la relación de trabajo que hubiera prestado el actor, pues al paso que éste sostiene que los servicios prestados por él constituyen contrato de trabajo, el demandado se opone y dice que pertenecen a la sociedad de hecho existente entre ellos. Ante esta diversidad de pareceres hay que estudiar los elementos probatorios existentes en los autos”.

Se transcriben luego algunos apartes de los testimonios rendidos por Manuel Antonio Anzola, Ricardo Martínez, Ricardo Chinchilla y Víctor Manuel Balaguera, sobre el trabajo personal de Cárdenas en la finca de Manrique, para finalizar así:

“En las inspección ocular practicada en los archivos y planillas del demandado, pedida por el demandante y decretada por el Juzgado, aparece que el demandante señor Cárdenas figura y recibe salario como administrador de la finca “San Martín” y también por concepto de “avance a buena cuenta de utilidades”. Remunerados los servicios del demandante en la forma dicha, queda demostrado que hay contrato de trabajo, pues se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, según el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Es, pues, la intervención personal y remunerada de Cárdenas en la producción algodonera de la finca de Manrique lo que el sentenciador da por establecido mediante los citados testimonios y las constancias de pago vistas en la inspección ocular para deducir que la relación entre ambos estuvo regida por un contrato de trabajo, en virtud de la presunción instituida en el art. 24 del código laboral. Manrique no negó en las instancias, ni lo niega en casación, que Cárdenas actuó por sí mismo en esa operación y que recibió algunos dineros como resultado de su actividad; lo que ha venido sosteniendo es que al obrar así Cárdenas lo hizo como socio industrial (cuyo aporte es siempre la industria, vale decir, la actividad personal) de una sociedad de hecho, no como trabajador dependiente, y que los dineros que derivó fueron su participación en las utilidades sociales, y no salario. Si la base de la aludida presunción legal no se discute, la aplicación de la norma que la establece es acertada.

Desde luego, tal presunción es simplemente legal, y en el fallo no se la reputa de derecho; ella admite, por tanto, prueba en contrario, que para el caso *sub-lite* debe acreditar el pretendido convenio asociativo y la consiguiente autonomía del socio industrial. Pero de las piezas procesales cuya equivocada apreciación le atribuye el recurrente al fallador no surge esa evidencia contraria: los testigos no aluden a ninguna sociedad y aunque las planillas examinadas en la inspección ocular hablan no sólo de una

remuneración fija semanal sino también de la participación de Cárdenas en las utilidades, este tipo de retribución no es incompatible con el contrato de trabajo donde la ley lo reconoce como plausible modalidad salarial, ni exclusivo del de sociedad. Y de los documentos pasados por alto, según la acusación, el poder no se refiere a los Manrique como socios, y tanto la liquidación del f. 3, con su nota manuscrita, como las cartas de Cárdenas (fs. 25 á 27) apenas confirman que éste tuvo, aparte de la retribución fija, participación en las utilidades de las cosechas, lo cual, se repite, no repugna a las relaciones laborables.

En cuanto al "error de derecho", para desestimarlos basta recordar que conforme al art. 87 del C.P.L. "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto... y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo"; calidad que no tiene ni la presunción legal, ni las cartas, ni las planillas que el impugnante invoca, pues la ley no exige solemnidad ninguna para la validez del contrato de trabajo o de la sociedad de hecho, ni un determinado medio probatorio para su demostración.

Este análisis se ha hecho por vía de amplitud, pues el ataque en sí adolece de un vicio radical: no indicar como infringidas las normas de derecho sustancial que el fallador aplicó; además de las que definen el contrato de trabajo e instituyen su presunción, oportunamente citadas, las que regulan la cesantía, la prima de servicios, las vacaciones y la indemnización moratoria constituyen el soporte jurídico de las condenas respectivas.

Los cargos no prosperan.

II.— LA INDEMNIZACION POR MORA.

CARLOS EDUARDO CARDENAS, á su turno, le hace a la misma sentencia este CARGO UNICO: "Primera causal del Art. 87 del C.P.T. por violación indirecta o de medio en que incurrió el *ad-quem*, originada por error evidente de hecho al haber dejado de estimar las siguientes pruebas: a.) El documento que obra al folio 28, o sea la carta original del demandado dirigida al actor y en papel membrete del primero; b.) Las

posiciones absueltas por el demandado, folios 44 á 47; y, c.) Diligencia de inspección ocular que obra a los folios: 82 á 87, 92 á 99, 102 á 106; lo que tuvo como efecto la violación indirecta anotada y la cual se vé a primera vista e implica la infracción de las siguientes disposiciones legales de carácter sustantivo laboral: Art. 65 y 127 del C.S.T."

Para sustentarlo, arguye que "el *ad-quem* sólo le reconoce al actor la mitad del derecho en cuanto a que el actor debe ser sancionado judicialmente no con la mitad del valor de la cuantía de dicha sanción, por haber tomado, al mismo tiempo por salario, sólo lo que el actor devengaba como salario fijo o sueldo fijo y no haber tomado también las participaciones en utilidades que también fueron fijas y por el mismo valor del sueldo. El *ad-quem* compartió la tesis ilegal del *a-quo*, de que las participaciones en utilidades no son salarios, cuando en realidad sí lo son, por mandato expreso y terminante del Art. 127 del CST"... "En parte alguna del Art. 65 del C.S.T. se dice que en ciertos casos de pagos de sueldo fijo con participación de utilidades no se tendrá como sueldo estas últimas, sino únicamente el primero. Esto fue precisamente lo que hizo el *ad-quem*".

Comenta luego la carta de Manrique a Cárdenas (f. 28) en donde aquél se queja de "estarle pagando \$800.00 mensuales, además de las nóminas del personal", lo que considera confirmado en las siguientes respuestas al pliego de posiciones: "No es cierto que le pagara como sueldo \$800.00 mensuales; le suministraba hasta esa suma a buena cuenta de utilidades y también, cuando no le alcanzaba esa suma, le hacía otra clase de avances, inclusive sumas que le presté antes de comenzar el trabajo. El siempre recibía utilidades como socio industrial que era". Y agrega que la inspección ocular demostró cómo "todos los pagos de sueldos al actor hechos por el demandado obedecen a una periodicidad infalible, tanto en lo que se denomina sueldo propiamente dicho, en los libros de contabilidad del demandado, y lo que se denomina en los mismos utilidades".

Concluyendo: "La mala fé del demandado se hace de presente en el presente juicio en todas sus actuaciones. No puede tener justificación alguna alegar como excepción para no pagar sueldos, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales el considerar el demandado que no hay tal contrato de

trabajo sino una sociedad de hecho en la cual el actor juega el papel hipotético de "socio industrial", cuando no tiene ni puede tener tal calidad, por la muy potísima razón de que durante todo el presente proceso no se demostró en forma alguna la existencia de la sociedad de hecho".

El opositor transcribe apartes de la motivación de la sentencia en donde se examinan la inspección ocular y las posiciones a que se refiere el recurrente, para censurar que éste las invoque como pruebas no apreciadas por el fallador; de la carta del f. 28 dice que "no expresa en ninguna parte que los \$800.00 mensuales se dieran a título de sueldo", y le contrapone la del f. 27, en la cual Cárdenas le pide a Manrique: "le agradezco se sirva Ud. hacer la liquidación de las utilidades de la misma y una vez deducidos los dineros por mí recibidos, se sirva Ud. remitirme el saldo pendiente a mi favor", y termina así: "El art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo de cuya violación se acusa al sentenciador, hablando de la indemnización se refiere a una suma igual 'al último salario diario por cada día de retardo'. Si las utilidades son eventuales y solo se liquidan periódicamente, aún suponiendo que el actor sí hubiera sido un trabajador o empleado, solo tendría derecho al salario fijo; o sería menester que estuviera demostrado que en el último día de su trabajo devengó utilidades, pues el haber recibido una suma cualquiera a buena cuenta de ellas, no demuestra que éstas correspondan al último día del servicio".

SE CONSIDERA:

Si, para tomar como base salarial de la indemnización moratoria los \$400.00 mensuales que califica de "sueldo fijo", sin ninguna adición por participación en las utilidades, el sentenciador hubiera tenido el fundamento que le atribuye el impugnante, bastaría esa circunstancia para la desestimación del cargo. Porque en tal supuesto, la exclusión pura y simple de uno de los factores del salario constituiría una infracción directa de las normas legales, cuyo ataque por vía indirecta, a través de errores de hecho, sería contrario a las reglas del recurso.

Pero es que, además, en el fallo acusado no se niega el carácter salarial de las participaciones de Cárdenas, como entendió el casacionista, sino que se le reconoce

expresamente. Así, al estudiar el reclamo de cesantía, se dice: "En cuanto a utilidades, hasta la planilla número 22, del 7 al 13 de noviembre de 1957, aparece recibiendo buenas cuentas por valor de \$46,70 (f. 96). De ahí en adelante, algunas veces no figura en planillas y en otras diferentes recibe varias cantidades. Por esta razón hay que buscar el promedio, sumando las cantidades recibidas y haciendo las respectivas divisiones. Según las planillas, aparece un promedio de \$296.75 que, sumado con los \$400.00 del sueldo básico, da el salario promedio de \$696.75". Otro tanto ocurre con las primas de servicio ("Por concepto de sueldos y avances de utilidades, según las planillas, recibió la suma de \$3.041.40 durante el segundo semestre de 1957; por este semestre le corresponden \$253.45"), y con la compensación de vacaciones ("Trabajó el actor un año, nueve meses y dieciocho días, con promedio mensual de \$696.75").

Por qué, entonces, solamente en la liquidación de la indemnización moratoria el fallador omite el aludido promedio mensual de las utilidades (\$296.75), que incluyó para la cesantía y las vacaciones, y opera exclusivamente sobre el salario fijo?. No lo explica en la motivación de la sentencia; pero al insistir en que tal indemnización debe ser "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, de conformidad con el art. 65 del CST", y al declarar, respecto de participaciones insolutas, que "en las inspecciones oculares no aparecen liquidaciones de las utilidades sino simples abonos de tales utilidades, por lo cual no es posible establecer esta petición del libelo", resulta que el vacío probatorio afirmado es el de la cuantía exacta de las utilidades correspondientes al *último día* de servicios; no al del último abono semanal de \$100.00 o último avance a cuenta de utilidades, que se computó para los demás efectos.

No aparecen, pues, configurados los pretendidos errores de hecho, ni mucho menos surgen de los autos con la evidencia que el recurso reclama. La jurisprudencia tiene admitido que cuando se trata de salarios variables, como lo son generalmente las participaciones en utilidades aunque el trabajador reciba avances uniformes y periódicos a cuenta de las mismas, debe servir su promedio para la sanción moratoria. Pero un entendimiento contrario, sobre datos

numéricos que no se discutan, podrá conducir a la infracción directa del precepto legal; de ningún modo a su violación indirecta por errores de hecho.

Se desecha el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Victor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION

Pensión después de 15 años de servicio.— Presupuestos para adquirir el derecho a la pensión plena.— Acusación sin fundamento en el error de hecho.—

La prestación a que alude la norma del art. 267 del C.S.T. se estableció como pensión—sanción para preservar al trabajador de las arbitrariedades del empresario, siguiendo un criterio de equidad social y de conveniencia evidente dentro de la actividad económica de las empresas. Para los ordenamientos de la ley en cuanto hace referencia a la pensión plena, son otros los requerimientos que ella misma señala, pues para tal prestación rige el art. 260 del Código, ya que la antigüedad en el servicio exige un lapso superior a los 20 años, 55 años de edad para el varón y 50 para la mujer; pero para que el derecho se adquiera es necesario que se cumplan los presupuestos a que la misma norma se refiere.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E. veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Victor G. Ricardo).

Alfredo Lugo, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario de trabajo a la Empresa "Fábrica Filta S.A.", en liquidación, para que se le condenara a pagar "la pensión especial de jubilación en la proporción que determina la ley y para la fecha en que cumpla los 50 años de edad. Solicitó igualmente que debe ordenarse a los liquidadores que constituyan la reserva del caso en la cuantía en que la pensión especial de jubilación le corresponda mensualmente", y condenar en costas.

Como hechos expuso los siguientes: "que trabajó al servicio de la Empresa 23 años o sea del 23 de octubre de 1933 hasta el 10 de noviembre de 1956, que fué despedido sin justa causa, para hacerle perder el derecho a jubilación y que la causa del despido, que fué la invocación de la cláusula de reserva no es de

las que la ley determina como justa causa para que el trabajador pierda el derecho a la jubilación especial de que trata el art. 267 del C.S.T."— Afirmó que nació el 15 de enero de 1911, o sea que tiene 45 años de edad. En derecho sustentó su petición en los arts. 62 y 63 y 267 del C.S.T.

La empresa, por medio de apoderado, contestó la demanda de la siguiente manera: "Al primer hecho, no me consta; al segundo hecho, es un concepto infundado, pues si como se afirma en la demanda el actor trabajó durante 23 años, mal se puede afirmar que el despido fué para hacerle perder su derecho a la jubilación; al hecho tercero, es otro concepto sin fundamento del actor, pues después de 20 años de servicio nada tiene que ver para los efectos de la jubilación que el despido haya sido justo o injusto".

La parte demandada propuso las excepciones "de petición antes de tiempo, de prescripción, de carencia de acción y todas las demás que se desprendan del curso del juicio". Y agregó; "La pensión especial de jubilación sólo es procedente en aquellos casos en que el trabajador labora más de 15 años, pero menos de 20 y si Lugo trabajó más de 20 años nó es el caso del art. 267 del C.S.T. sino el 260 de la misma obra". Dice que "no habiéndose cumplido una de las condiciones que se requieren para disfrutar de la pensión de jubilación; como es la edad, mal se puede pedir una cosa en que no ha nacido la obligación".

Correspondió conocer de la controversia al Juzgado 3o. del Circuito del Trabajo de Barranquilla que hubo de desatlarla mediante providencia en la cual declaró "fundada y probada la excepción perentoria de carencia de acción alegada por el apoderado de la

empresa demandada en este juicio" y absolvió a la "empresa Fábricas Filta S.A. en liquidación, representada legalmente por los liquidadores señores Luis Carlos Baena y Roberto Caridi de la petición de la demanda por pensión de jubilación". Como el apoderado del actor pidió en la cuarta audiencia de trámite que el juez fallara extra-petita, decretando el derecho a la pensión ordinaria, este pedimento le fue negado por no reunirse los presupuestos legales para hacerlo, como son la edad (55 años) y tiempo de servicios.— Sin costas.

La sentencia de primer grado subió en consulta al Tribunal Superior de Barranquilla, en virtud de lo ordenado en la sentencia del Juez del conocimiento, habiéndola revocado aquél en cuanto negó la pensión especial y declaró probada la excepción de carencia de acción, y en su lugar condenó a la empresa a pagar a Alfredo Lugo una pensión especial de jubilación por valor de \$87,75 mensuales, a partir del 15 de enero de 1961 y autorizó a la misma a descontar previamente al trabajador Lugo, tomándole de las pensiones que ha de pagar desde la fecha antes dicha, la suma de \$2.690.86 que Lugo había recibido anteriormente por concepto de auxilio de cesantía definitiva.

El proveído anterior fue objeto del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, el cual fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma la Corte pasa a decidirlo.

El recurrente persigue que la Corte case la sentencia de segundo grado y en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, absuelva a la empresa de la prestación a que fue condenada.

Al efecto, formula un solo cargo "por violación del art. 267 del C.S.T. por aplicación indebida, violación en que incidió el sentenciador por errores de hecho en la estimación de las diversas pruebas que más adelante se describen.

Para demostrar el cargo el recurrente manifiesta que la norma sustantiva dispone el derecho a una especial pensión jubilatoria para el trabajador despedido sin justa causa y que lleve más de 15 años, pero menos de 20 al servicio del patrono. Por esto es una pensión especial, ya que la general está configurada por el art. 260 del mismo Código para el trabajador que cumple 20 años o más, cualquiera que sea la causa del retiro de la

Empresa". Agrega el impugnador que la pensión especial está instituida como una sanción ante el propósito defraudatorio del interés legítimo del trabajador, obrando el despido sin justa causa y cuando éste se encuentre en "potencia propinqua" de llegar a los 20 años de labores. Se precave así un posible abuso del derecho por parte del patrono". "Con la confesión de la parte demandante, en la prueba literal e inspección ocular, sigue diciendo el recurrente, queda irrefragablemente acreditado que el señor Lugo laboró por más de 20 años al servicio de la sociedad demandada. En consecuencia, el sentenciador ha aplicado indebidamente la norma sustantiva para una situación fáctica no regulada por ella. Esta desarmonía entre los supuestos de hecho y la norma aplicada implica la violación o quebrantamiento de ésta por aplicación indebida, de acuerdo con la técnica de este recurso especial de casación".

Para continuar en la sustentación del cargo, dice así mismo el impugnador que en esta violación ha incidido el sentenciador, como aparece de modo manifiesto en los autos, por errores de hecho en la estimación de los tres medios probatorios enunciados. Para concluir que al desestimar esas pruebas quebrantó los arts. 604, 606, 607, 637 y 730 del C.J. en concordancia con el art. 145 del C.P.L. Para reforzar su argumentación en cuanto se refiere al libre convencimiento del juzgador trae jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo para señalar que dicho sistema no conlleva la arbitrariedad. Concluyendo el acusador con la afirmación de que el recurso de casación está instituido en la legislación laboral también por errores de hecho o de derecho en la valoración de la prueba.

El Tribunal fundamenta su fallo, en cuanto al aspecto de la pensión de jubilación especial, que es lo que ha sido motivo del recurso, en que "en el caso de autos está probado el trabajo por más de 15 años (23 años, 6 meses y un día). Se dice que se usó la cláusula de reserva, la cual no aparece en ningún contrato dentro del proceso, y no puede ser tácita ni presunta. La terminación de su contrato presunto debió ser el 17 de febrero de 1957, luego fué despedido injustamente. Fué presentada la demanda dentro del año posterior al despido, como lo ordena la ley. Luego se cumplieron todos los requisitos para

pedir y por tanto la demanda está en tiempo. La pensión será exigida al tiempo en que el trabajador cumpla los 50 años”.

En relación con la petición hecha por el actor en la cuarta audiencia de trámite en el sentido de que el a—quo, dándole aplicación al art. 50 del C.P.L., condenara a la empresa al pago de la pensión ordinaria y vitalicia de jubilación prevista en el art. 260 del C.S.T. en cambio de la especial, el Tribunal encontró “aceptable el fallo en cuanto el juez no hace uso de la facultad de sentenciar ultra—petita, pues no es obligación sino facultad de él.

LA CORTE CONSIDERA:

Como el ataque del apoderado de la parte demandada se concreta al error de hecho en la estimación de las pruebas, que dió como resultado que el Tribunal violara el art. 267 por aplicación indebida al caso sujeto a la controversia, es preciso examinar si esa circunstancia se produjo de manera ostensible, esto es, que la estimación de los elementos probatorios está en abierta contradicción con la realidad de los hechos.

Se tiene, conforme a las piezas que obran en autos, que el trabajador laboró por más de 20 años. Esto no sólo está acreditado con la certificación expedida por la Empresa (f. 6) sino que lo afirma el demandante en su libelo inicial; y se comprobó, además, en la inspección ocular que practicó el Juez el 15 de octubre de 1957, con la asistencia de los testigos actuarios María Manotas e Inés A. Sanjuan. De estos documentos, que son claros y precisos, se advierte evidentemente que el trabajador estuvo al servicio de la empresa por un período mayor al arriba indicado. El Tribunal lo reconoció así hasta tal punto que determinó el período por años, meses y días. De suerte que de esa estimación no se concluye que hubiera incurrido en un error de hecho sino todo lo contrario, pues el ad—quem indica con toda precisión el período superior a los 20 años de servicio, fundándose en las pruebas que obran en juicio. Otra cosa es que partiendo del hecho anotado hubiera seguido un criterio equivocado para aplicar indebidamente la norma reguladora de una situación diferente.

Conforme al art. 267 del Código, vigente en aquella época e invocado por el actor en la demanda, el trabajador tenía derecho a la prestación allí señalada, al cumplirse los requisitos prescritos por la mencionada disposición, o sean, edad (50 años), más de 15 años de servicios y menos de 20 y que se hubiera producido el despido injusto. La prestación a que alude la norma se estableció como pensión—sanción para preservar al trabajador de las arbitrariedades del empresario, siguiendo un criterio de equidad social y de conveniencia evidente dentro de la actividad económica de las empresas. Para los ordenamientos de la ley en cuanto hace referencia a la pensión plena, son otros los requerimientos que ella misma señala, pues para tal prestación rige el art. 260 del Código, ya que la antigüedad en el servicio exige un lapso superior a los 20 años, 55 años de edad para el varón y 50 años para la mujer; pero para que el derecho se adquiera es necesario que se cumplan los presupuestos a que la misma norma se refiere.

Para el caso que se estudia, como la acusación se fundamenta en el error de hecho y éste no resulta demostrado, ya que el ad—quem expresa precisamente que “está probado el trabajo por más de 15 años (23 años, 6 meses y un día)”, la sentencia no es impugnabile por este aspecto a pesar de que en el fallo aparezca la indebida aplicación de la ley, como lo sostiene el casacionista.

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia— Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

CESANTIA, VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS Y DESCANSO EN DOMINICALES Y FESTIVOS.

Condena en este sentido a patrono por servicios prestados por trabajador de la construcción.— Impugnación a la sentencia con base en la causal primera del art. 87 del C.P. del T.— Apreciación del acervo probatorio aportado al proceso.— Carácter de la relación laboral entre trabajadores y ayudantes de una misma obra.—

El que un trabajador obtenga de otros, bajo su remuneración, ayuda para el desempeño de determinada labor en cuya ejecución él mismo interviene, no es suficiente para hacer perder a una relación laboral su carácter de tal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araujo Grau).

Javier González, alegando haber sido trabajador de Antonio Valencia como colocador de baldosas, demanda a éste último para obtener su condena a pagarle el valor de diversas sumas por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicios, descansos en días feriados, violación del contrato de trabajo, indemnización moratoria y costas.

En la contestación de la demanda Valencia se opone a las pretensiones de González, y sostiene que éste fue respecto a él un contratista independiente, que no había estado vinculado por un contrato de trabajo.

La sentencia de primer grado, proferida por el Juez Quinto del Trabajo de Medellín, es absolutoria. La de segundo grado, obra del Tribunal Superior de aquél Distrito Judicial, la modifica para “condenar al demandado a pagar al demandante lo que sigue: a) trescientos setenta y ocho pesos, (\$378.00) por cesantía; b) ciento cincuenta pesos con cincuenta centavos (\$150.50) por vacaciones; ochenta y cuatro pesos (\$84.00) por prima de servicios, y d) setecientos siete pesos

(\$707.00) por descansos en domingos y festivos”.

Recurrido en casación dicho fallo por el demandado, éste, invocando la causal primera del art. 87 del C.P.T., y pidiendo que sea casado en todas sus partes, le formula los siete cargos que pasan a examinarse.

Primer cargo.— “Por haber incurrido el Tribunal de Medellín en manifiesto error de hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas y errónea interpretación de otras, violó por vía indirecta, por aplicación indebida de las mismas, las siguientes disposiciones legales sustantivas: artículos: 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 249, 309, 310, 312, 306, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 187, 189, 190 y 192 de la misma obra; y por falta de aplicación los artículos 28 y 34 del mismo Código Sustantivo del Trabajo”.

Como pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal señala las siguientes: “a) Las confesiones hechas por el actor en el mismo libelo de demanda; b) Las confesiones hechas por el demandante en la diligencia de absolución de posiciones a que fué sometido por solicitud de la parte demandada, durante el curso de la primera instancia; c) Los documentos que obran a folios 22 a 34 inclusive del cuaderno principal del expediente, acompañados como pruebas por la parte demandada en el curso de la diligencia de inspección ocular practicada durante la primera instancia, dada la solicitud conjunta de los apoderados de las partes”.

Como pruebas erróneamente apreciadas señala las mismas, agregando: “d) Las declaraciones de los testigos Manuel Gallego, Jaime Lema, Mario Ríos y Marco Tulio Llano.

Concretando más el ataque afirma que “las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal de Medellín demuestran los siguientes hechos:

“1o.— Que los trabajos o las obras contratadas entre él y Valencia, nó fueron ejecutadas personalmente por González, ya que en la ejecución de tales obras intervinieron otras personas, como lo indican los propios testigos citados por el demandante González, señores Manuel Gallego, Jaime Lema y Mario Ríos.— Faltó en esta forma la demostración, por parte del actor, del elemento trabajo personal y la demostración de que el contrato se hubiera celebrado en atención a la persona misma de Javier González”.

“2o.— Que Javier González, al celebrar y ejecutar los referidos contratos de obra, contrató, por su cuenta y riesgo, varios ayudantes, que lo auxiliaban en la ejecución de los trabajos, ayudantes a quienes González contrataba sin la menor intervención de Antonio Valencia, ayudantes a quienes González dirigía, daba órdenes, controlaba, despedía, pagaba salarios, etc., igualmente sin la menor intervención de Antonio Valencia”.

“3o.— Que González nó estaba controlado ni sujeto a las órdenes de Antonio Valencia, ni estando sometido a ninguna clase de reglamentos o de horarios, ya que en la ejecución de los trabajos era absolutamente libre o independiente, nó habiéndose configurado por consiguiente por parte de González frente a Antonio Valencia el elemento subordinación, esencial para la configuración del contrato de trabajo, quedando demostrado así que Valencia, al contratar con González las referidas obras, no lo hacía en atención a la persona misma del contratista, sino buscando exclusivamente un resultado final o sea la ejecución misma de tales obras”.

“4o.— Que entre González y Valencia jamás se estipuló, a la celebración de los contratos o durante la ejecución de los mismos, como contra—prestación, una determinada suma a título de remuneración o salario, ya que los contratos en referencia se celebraron a precio fijo o de acuerdo con el volumen de las obras por ejecutar”.

“5o.— Que finalmente, y esto es definitivo en el caso de autos, González estaba y estuvo sometido a la contingencia de sufrir pérdidas en la ejecución de los contratos de obra con él

celebrados por Antonio Valencia, pérdidas que efectivamente sufrió González, según lo demostrado con las pruebas antes citadas (principalmente con la confesión de González al dar contestación a la pregunta décima segunda del pliego de posiciones), quedando en esta forma probada la inexistencia de una determinada remuneración, fija y segura, a favor de González, pues es bien sabido, como lo aceptan los falladores de instancia, que las sumas percibidas semanalmente o en distintas épocas por González eran meros anticipos, que jamás tuvieron el carácter de remuneración fija, en espera de la liquidación final de los contratos, efectuada a la terminación de las obras, momento en el cual podía determinarse el monto exacto de las utilidades ó de las pérdidas obtenidas por González, quien por lo demás debía tomar o deducir de lo pagado a él por Valencia los salarios que González debía pagar a sus ayudantes”.

Puede, pues, aceptarse que en definitiva el recurrente articula el cargo sobre la base de errónea apreciación de pruebas.

De la declaración de Marco Tulio Llano, “testigo presentado por la parte demandada y su empleado desde hace años”, el Tribunal concluyó que “a) los materiales eran suministrados por el demandado Valencia; b) la retribución del demandante González dependía de la cantidad de obra ejecutada, esto es, no había un precio determinado; c) el demandante González trabajaba personalmente en las obras contratadas; d) el demandado Valencia “vigilaba” o “revisaba” los trabajos que ejecutaba el demandante González”.

Y luego empresa: “En la contestación a la demanda se dice que González—era un contratista independiente, esto es, no sujeto al vínculo laboral. Dicha situación recibió una precisa definición legal en el artículo 34 del Código del Trabajo, y a ella debe someterse el caso planteado. Entre los requisitos aquí indicados están los siguientes:

“1) Que la obra sea realizada por un precio determinado”;

“2) Que la ejecute el contratista con sus propios medios”;

“3) Que asuma todos los riesgos”.

“En la relación González—Valencia faltan estos tres requisitos, pues el precio de la obra se definía a destajo, los medios para su ejecución los ponía Valencia y González no

asumía riesgos, pues solo ponía su trabajo y recibía periódicamente un dinero en razón del trabajo u obra ejecutada. Esta sola falta hace desaparecer la figura del contratista independiente”.

“Queda, entonces, la del trabajador, pues al darse la prestación de un servicio personal —según lo arriba definido— se presume (artículo 24) la existencia de un contrato de trabajo. Presunción reforzada por la *vigilancia* o *revisión* constante que verificaba Valencia de las obras ejecutadas por González, ya que dicha actividad equivale bien a la dependencia o subordinación de que habla el artículo 23 como configurativa del contrato de trabajo”.

Ahora bien: como tiene aceptado la doctrina y la jurisprudencia de la Sala, el que un trabajador obtenga de otros, bajo su remuneración, ayuda para el desempeño de determinada labor en cuya ejecución él mismo interviene, no es suficiente para hacer perder a una relación laboral su carácter de tal. Gallego, Lema y Ríos ciertamente afirman que el demandante contrataba operarios por su cuenta para que lo ayudaran en su trabajo de embaldosinador, pero no dicen que el propio demandante no trabajara también. Por lo demás, habiendo el Tribunal, como se indicó, basado sus conclusiones fácticas sobre el dicho de Llano, el recurrente ha debido formularle ataque a éste, y no lo hizo. En todo caso, aquéllos testimonios nada distinto cuentan de lo declarado por este último.

De otro lado, el citado testigo Llano es claro en manifestar que el demandado vigilaba los trabajos que ejecutaba el demandante, y en el mismo sentido deponen los citados por el recurrente, con lo cual, lejos de desvirtuarse la presunción del artículo 24 del C.S.T., queda ella confirmada.

Por otra parte, si, como afirma el recurrente, los contratos se celebraron a “precio fijo o de acuerdo con el volumen de las obras para ejecutar”, con ello no se hacía otra cosa que integrar el contrato de trabajo con el factor salario, que puede asumir diversas modalidades, entre ellas la de que sea “por obra o a destajo y por tarea” (art. 132 del C.S.T.)”.

Y en cuanto a que el demandante en ocasiones derivó pérdidas, ello sólo pudo ocasionarse por razón de los ayudantes que él mismo contrataba, y ya se vió que el hecho de que un trabajador se haga ayudar por otros, bajo su remuneración, en la realización de su

labor, no hace perder a la relación laboral su calidad de tal. Si bien ese hecho tendrá repercusiones sobre la fijación de la base salarial efectiva.

Por todo lo expuesto se rechaza el cargo.

Segundo cargo.— “Violó el Tribunal de Medellín, por interpretación errónea, el art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo, y por aplicación indebida los artículos 22, 23, 249, 309, 310, 312, 306, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 187, 189, 190 y 192 de la misma obra”.

“Incurrió el Tribunal de Medellín en errónea interpretación del Artículo 34 del Código, al sostener, en forma equivocada, que no tiene el carácter de contratista independiente la persona que ejecuta una o varias obras o labores en beneficio ajeno, cuando los materiales o las materias requeridas para la ejecución de los trabajos, son suministradas, no por el contratista, sino por la persona que contrató las obras o en cuyo beneficio ellas se realizan”.

“En el caso de autos, sostiene el Tribunal de Medellín que González no tiene el carácter de contratista independiente porque los elementos o las materias necesarias para la ejecución de los trabajos, eran suministrados por Antonio Valencia y no por el propio González”.

“Esta es una interpretación equivocada de la ley, por cuanto ella no exige, para que una persona adquiera el carácter de verdadero contratista independiente, el que los elementos o las materias indispensables para la realización de las labores, sean necesariamente suministradas por el contratista. En infinidad de casos, las materias o elementos no son suministrados por el contratista sino por el dueño o beneficiario de la obra y sin embargo aquél no pierde el carácter de verdadero contratista independiente en los términos del artículo 34 del Código. Como ejemplo podría señalarse el de los artistas o artífices u operarios, como escultores, sastres, etc., a quienes el beneficiario de la obra les suministra la materia prima necesaria para la realización de la misma, sin que por ello pierdan el carácter de verdaderos contratistas independientes”.

“Lo anterior indica que la ley en parte alguna exige el requisito equivocadamente supuesto por el Tribunal de Medellín, para que se estructure la figura jurídica del contratista independiente”.

“La anotada violación del artículo 34 del

Código, por errónea interpretación de la norma, llevó al Tribunal de Medellín a la conclusión de que González no tuvo el carácter de contratista independiente, por cuanto las materias o elementos necesarios para la realización de las obras contratadas no fueron suministrados por el propio González sino por Antonio Valencia”.

“La referida violación del artículo 34 del Código, llevó al Tribunal, forzosamente, a la obligada violación, por aplicación indebida, de las demás disposiciones citadas en la formulación de este segundo cargo.— Como consecuencia de esta violación, el Tribunal de Medellín equivocadamente concluyó que entre las partes sí existió un verdadero contrato de trabajo y con base en tal fundamento condenó al demandado, en forma ilegal y antijurídica, a pagarle al demandante las sumas de dinero anotadas en la parte resolutive del fallo recurrido, por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones y descansos remunerados”.

Ahora bien: para rechazar el cargo es suficiente destacar que el Tribunal de manera clara y terminante tomó en consideración también para aceptar la existencia de una relación laboral entre las partes, “la vigilancia o revisión constante que verificaba Valencia de las obras ejecutadas por González”, actividad que estimó que “equivale bien a la dependencia o subordinación de que habla el art. 23 como configurativa del contrato de trabajo”.

“Tercer cargo.— Por haber incurrido el Tribunal de Medellín en manifiesto error de hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas y por equivocada interpretación de otras, violó, por vía indirecta, por aplicación indebida de las mismas, las siguientes disposiciones legales sustantivas: artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 23, 249, 309, 310, 312, 306, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 187, 189, 190, y 192 de la misma obra”.

“Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal de Medellín son las siguientes: a) Las confesiones hechas por el actor en el mismo libelo de demanda; b) Las confesiones hechas por el demandante en la diligencia de absolución de posiciones a que fué sometido por solicitud de la parte demandada, durante el curso de la primera instancia; c) Los documentos que obran a folios 33 a 134 inclusive del cuaderno principal del

expediente, acompañados como pruebas por la parte demandada en el curso de la diligencia de inspección ocular practicada durante la primera instancia, dada la solicitud conjunta de los apoderados de las partes”.

“Las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal de Medellín son las siguientes: a) Igualmente las confesiones hechas por el actor en el mismo libelo de demanda; b) Igualmente las confesiones hechas por el demandante en la diligencia de absolución de posiciones a que fué sometido, por solicitud de la parte demandada, durante el curso de la primera instancia; c) Igualmente los documentos que obran a folios 33 a 134 inclusive del cuaderno principal del expediente; d) Las declaraciones de los testigos Manuel Gallego, Jaime Lema, Mario Ríos y Marco Tulio Liano”.

“El manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal de Medellín, por falta de apreciación y por errónea interpretación de las referidas pruebas, consiste en haber *inventado* que el salario devengado por el demandante González era la suma de \$7.00 diarios, cuando en el juicio nó hay ninguna prueba que así lo demuestre, lo que indica que el Tribunal de Medellín no hizo otra cosa que *suponer* cual fué el salario devengado por el actor”.

“La jurisprudencia laboral ha repetido incesantemente que la prueba del salario debe ser plena e inequívoca y que ella nó es susceptible de suposiciones o conjeturas.— Ha dicho igualmente que, faltando tal prueba plena e inequívoca, los falladores de instancia se encuentran en la imposibilidad física y legal de efectuar condenación alguna en contra de la parte demandada. Finalmente ha dicho la jurisprudencia que tal prueba debe ser aportada a los autos por el propio demandante, sin que le sea dado al fallador suponerla o inventarla”.

“Las pruebas dejadas de apreciar y las apreciadas erróneamente por el Tribunal, demuestran los siguientes hechos: a) Que el demandante González no tenía asignado ningún salario fijo o determinado; b) Que González y Valencia habían estipulado determinados precios por las obras ejecutadas por González, de acuerdo con el volumen del trabajo ejecutado; c) Que González recibía semanalmente anticipos sobre la liquidación final de los contratos, a buena cuenta del total que pudiera corresponderle, pero sin que tales anticipos pudieran considerarse o tener el

carácter de una remuneración fija y determinada; d) Que González no recibía siempre las mismas sumas semanales por conceptos de anticipos, ya que éstos variaban según lo demuestran los documentos o recibos que obran a folios 33 a 134 inclusive del cuaderno principal del expediente; d) Que González sufrió pérdidas económicas en la ejecución de los contratos de obra celebrados con el demandado, según lo confesó el propio demandante al dar respuesta a la pregunta décima segunda del pliego de posiciones a que fué sometido; f) Que de las sumas pagadas por Valencia a González, por concepto de tales contratos de obra, González pagaba los salarios de los ayudantes por él contratados”.

“El Tribunal de Medellín incurrió en manifiesto error de hecho, por falta de apreciación y por errónea interpretación de las pruebas citadas, al no dar por probados en autos los anteriores hechos e incurrió en más grave error aún cuando dió por probado un salario, que no lo estaba en forma alguna, habiéndose limitado simplemente a inventarlo o suponerlo”.

“Las pruebas mencionadas demuestran, en forma inequívoca, que lo percibido por González fué absolutamente variable y por ello no puede suponerse que hubiera percibido ni un determinado máximo ni un determinado mínimo. Cualquiera suposición al respecto es totalmente aventurada, ya que, dada la variabilidad de lo percibido y la existencia de las pérdidas sufridas por González, es imposible determinar cual fué exactamente la suma que, en total o en promedio, por meses o por días, percibió realmente el demandante para sí, máxime cuando de lo pagado a él por Valencia, González tomó los salarios pagados a sus ayudantes. En esta forma es absolutamente imposible determinar cuáles fueron exactamente las sumas que efectivamente tomó para sí González. Por ello las conclusiones del Tribunal, al suponer cual fué el salario devengado por González, no dejan de ser simples conjeturas, sin ningún respaldo probatorio”.

“En tales circunstancias, no estando demostrado en autos el salario que pudo haber percibido el demandante, como en realidad no lo está, según lo antes dicho, es imperativo concluir que no existe base alguna sobre la cual puedan efectuarse en contra del demandado las condenaciones contenidas en

la parte resolutive del fallo recurrido”.

Sobre salarios expresa el Tribunal: “Dicen los testigos Gallego, Lema y Ríos (fs. 14 y ss) que “el demandante, como encargado de dirigir a otros dos oficiales y a dos ayudantes, era también oficial, por tanto es lógico asumir que su salario no era inferior al de un oficial. Antes bien, debía ser mayor. Y un oficial ganaba \$7.00 diariamente, según informa el testigo Lema, y ésta será la remuneración que se tenga en cuenta para liquidar prestaciones de González”.

Como puede apreciarse por la lectura de los párrafos en que el recurrente desarrolla su cargo, constantemente habla de unas mismas pruebas como no apreciadas y erróneamente apreciadas, lo que peca contra toda técnica. Sin embargo hay unas pruebas que sólo aparecen mencionadas en la lista de las erróneamente apreciadas, y son las declaraciones de Manuel Gallego, Jaime Lema, Mario Ríos y Marco Tulio Llano. En consecuencia se entenderá que el cargo está erigido exclusivamente sobre la errónea apreciación de estas deposiciones, utilizadas por el Tribunal.

Ahora bien, apareciendo de tales declaraciones que el demandante trabajaba a destajo y que además, pagaba de su cuenta ayudantes, resulta evidentemente errado el Tribunal al haber considerado que la suma que devengaba González era la equivalente a la que éste pagaba a uno de sus oficiales—ayudantes. Porque González pagaba salarios fijos a dichos ayudantes (\$42.00) a la semana, y en cambio el salario que él percibía del demandado era variable, como que dependía de los metros cuadrados que lograra embaldosar en cada semana, según manifiestan los testigos en referencia. De consiguiente, al tomar como base, para la liquidación de las distintas prestaciones a que condenó el Tribunal, la expresada suma de siete pesos, como salario diario, aplicó indebidamente las disposiciones legales que las consagran, citadas por el recurrente, todas las cuales tienen en cuenta el salario realmente devengado, que no puede ser inferior al mínimo legal. De consiguiente habrá de casarse parcialmente la sentencia al respecto, para, en función de instancia, tomar como base de las liquidaciones, el respectivo mínimo legal.

“Cuarto cargo.— Por haber incurrido el Tribunal de Medellín en manifiesto error de

hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas y errónea interpretación de otras, violó por vía indirecta, por aplicación indebida de las mismas, las siguientes disposiciones legales sustantivas: Los artículos 309, 310 y 312 del Código Sustantivo del Trabajo”.

“Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal de Medellín son las siguientes: a) Las confesiones hechas por el actor en el mismo libelo de demanda; b) Las confesiones hechas por el demandante en la diligencia de absolución de posiciones a que fué sometido, por solicitud de la parte demandada, durante el curso de la primera instancia; c) Los documentos que obran a folios 33 a 134 inclusive del cuaderno principal del expediente, acompañados como pruebas por la parte demandada en el curso de la diligencia de inspección ocular practicada durante la primera instancia, dada la solicitud conjunta de los apoderados de las partes”.

“Las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal de Medellín son las siguientes: a) Igualmente las confesiones hechas por el actor en el mismo libelo de demanda; b) Igualmente las confesiones hechas por el demandante en la diligencia de absolución de posiciones a que fué sometido por solicitud de la parte demandada, durante el curso de la primera instancia; c) Igualmente los documentos que obran a folios 33 a 134 inclusive del cuaderno principal del expediente; d) Las declaraciones de los testigos Manuel Gallego, Jaime Lema, Mario Ríos y Marco Tulio Llano”.

“Aún en el supuesto de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, es evidente que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al afirmar que el demandante González tenía la calidad de trabajador de la construcción”. Todas las pruebas anteriormente citadas demuestran, en forma inequívoca, que el oficio del demandante González consistía en colocar baldosas en edificios nuevos o en edificaciones antiguas que estaban sometidas a reformas o mejoras.— Tales pruebas también demuestran, igualmente en forma inequívoca, que el demandante Valencia es propietario de una fábrica de baldosas o baldosines, cuyos trabajadores se encargaban de la colocación de dichas baldosas en edificaciones nuevas o en edificaciones antiguas sometidas a reformas o mejoras”.

“En consecuencia, con tales pruebas quedó

plenamente demostrado en autos que la Empresa del demandado no tiene el carácter de una Empresa constructora en primer término, y, en segundo lugar, que las baldosas colocadas por González y sus ayudantes lo eran, indistintamente, en edificaciones nuevas o en edificaciones antiguas sometidas a mejoras o reformas”.

“En tales circunstancias no puede afirmarse ni que la Empresa del demandado tuviera el carácter de empresa constructora ni que el demandante tuviera el carácter o calidad de trabajador de la construcción, en los términos de los artículos 302, 310 y 312 del Código Sustantivo del Trabajo”.

“En tal virtud, es evidente que el Tribunal de Medellín incurrió en manifiesto error de hecho al afirmar que el demandante tenía la calidad de trabajador de la construcción, pues los autos demuestran lo contrario, y ello en el supuesto de que entre las partes hubiera existido un verdadero contrato de trabajo”.

“El manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal de segunda instancia, lo hizo incurrir en violación de los artículos 302, 310 y 312 del Código Sustantivo del Trabajo, por los conceptos anotados al principio de este cargo, al aplicarlos indebidamente al caso de autos, condenando al demandado a pagar a favor del actor cesantía y vacaciones como si el demandante tuviera la calidad de trabajador de la construcción, lo que evidentemente es erróneo afirmar de acuerdo con las pruebas antes citadas. Ello, se repite, aceptando que entre las partes hubiera existido un verdadero contrato de trabajo”.

“Lo anterior es suficiente para concluir que se impone la prosperidad del presente cargo, aceptando en gracia de discusión la existencia del contrato de trabajo entre las partes. Por ello, aún sosteniendo la condenación del demandado en cesantía y vacaciones, las condenaciones efectuadas por el Tribunal de Medellín, por tales conceptos, deben modificarse, sobre la base de que el demandante no tuvo la calidad de trabajador de la construcción”.

Al relacionar las pruebas el recurrente vuelve a incurrir en el defecto de técnica antes anotado, de citar unas mismas pruebas como no apreciadas y como erróneamente apreciadas, y sólo las declaraciones de Gallego, Lema, Ríos y Llano no figuran doblemente citadas, sino únicamente entre las erróneamente apreciadas. Por tanto, se estima

que el cargo se base exclusivamente en la errónea apreciación de dichas deposiciones.

Hay que destacar que el tribunal fundamentó su decisión en la consideración de que el demandante era trabajador de la construcción y no en la de que el demandado era un empresario de construcciones. Respecto a tal fundamentación.

No señala pruebas concretas, por lo cual hay que estimar que hizo mérito de todo el acervo probatorio, del que hacen parte las declaraciones antes mencionadas.

Al tenor del art. 309 del CST, "se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción, *excepto su conservación o reparación*" (se ha subrayado).

Según los testimonios atrás citados, el demandante se dedicaba a colocar baldosas tanto en edificaciones nuevas como viejas; pero no dicen que en los mismos días en que trabajaba en construcciones viejas no trabajaba en las nuevas, y no hay inconveniente alguno en que en unos mismos días trabajara en unas y otras como sin duda lo estima el Tribunal, por lo cual no perdió su carácter de trabajador de la construcción.

Otra cuestión es lo atinente a si el Tribunal erró o no al estimar que las obras en que laboraba el demandante tenían un valor superior a \$10.000.00 por lo que aplicó el art. 310 del C.S.T., pero sobre este punto nada dijo el recurrente.

No prospera, pues, el cargo.

"*Quinto cargo.*— Por haber incurrido el Tribunal de Medellín en manifiesto error de hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas y errónea interpretación de otras, violó por vía indirecta, por aplicación indebida de las mismas, las siguientes disposiciones legales sustantivas: Artículos 172, 173, 174, 176, 177, 186, 187, 189, 190 y 192 del Código Sustantivo del Trabajo".

Según el recurrente el Tribunal erró al haber afirmado que el demandante trabajo durante todos los días hábiles de la semana o que si faltó al trabajo fué por culpa imputable al demandado, "cuando se encuentra demostrado en autos, por el contrario, que el demandante trabajaba en forma discontinua o interrumpida, que asistía al trabajo cuando a bien lo tuviera, que no tenía obligación de cumplir horarios, que dejaba a sus ayudantes trabajando, ausentándose él, en una palabra,

que no trabajaba todos los días hábiles de la semana, que no tenía tal obligación y que sus labores las ejecutaba en forma discontinua. Para convencerse de lo anterior, basta tener en cuenta lo confesado al respecto por el propio demandante al dar contestación a las preguntas del pliego de posiciones a que fué sometido durante la primera instancia".

Al indicar las pruebas, repite el recurrente el defecto técnico de señalar unas mismas como no apreciadas y apreciadas erróneamente, y únicamente exime de ese defecto a las declaraciones de Gallego, Lema, Ríos y Llano, las que, por tanto, serán las únicas que se tomarán en cuenta para los efectos del análisis del cargo. Esas pruebas están citadas como erróneamente apreciadas.

Pues bien, los testigos citados en forma global por el Tribunal como base de la afirmación que le censura el recurrente, son contestes en decir que las interrupciones que tuvo el demandante en su trabajo se debieron a falta de materiales (no a falta de trabajo, se aclara), o sea, a "culpa o disposición del patrono", por lo que, a tenor del art. 173, numeral primero, el demandado estaba obligado a reconocer el descanso dominical.

Por lo demás, aunque el recurrente no hubiera incurrido en el error de técnica anotado, y pudiera estimarse la confesión del demandante, de ella no surge cosa distinta de lo afirmado por los testigos, ya que únicamente se refiere a discontinuidades en la relación laboral, o sea, a que hubo varias relaciones sucesivas, pero no a que dentro de cada una no hubiera trabajado los días hábiles, salvo los casos en que no lo hizo por culpa del patrono.

Se rechaza el cargo.

"*Sexto cargo.*— Por la formulación que hace el recurrente, en este cargo ataca la sentencia por ser violatoria de los arts. 186, 187, 188, 189, 190 y 192 del C.S.T., por cuanto el Tribunal, apreciando erróneamente la prueba testimonial ya citada, concluyó equivocadamente que el demandante había laborado en forma continua, siendo así que "jamás trabajó un año continuo de servicios, ya que se encuentra demostrado en autos precisamente lo contrario, o sea que el actor laboró en diversos periodos, en forma discontinua o intermitente, no completando jamás un año continuo de trabajo".

Las pruebas en que, a su juicio, basó su conclusión errónea el Tribunal, son las mismas

citadas en el cargo anterior, con el mismo defecto en él anotado, por lo cual sólo se podrá hacer mérito, bajo el concepto de erróneamente apreciadas, de los testimonios de Gallego, Lerna, Ríos y Llano.

El Tribunal fundamentó la continuidad de los servicios del demandante en los documentos presentados por el demandado en la audiencia, así "...ese dato surge de los propios papeles presentados por el demandado a la audiencia de 3 de junio de 1958 (folio 32). En ellos quedan relacionados los diversos pagos hechos al demandante, y se deduce el servicio continuo de este (hay tres o cuatro recibos en cada mes, y el pago era semanal ó decadal) en los siguientes lapsos: 30 abril 1955 a 14 de febrero de 1956, 19 de junio 1956 a 28 de septiembre 1956, 22 diciembre 1956 a 27 de abril 1957 y 1o. junio 1957 a 6 julio 1957, lo que da un total de 18 meses y cuatro días".

Ahora bien: esos documentos, por lo expuesto ha poco, no quedaron acusados, por lo cual no pueden ser tenidos en cuenta por la Sala como origen de ningún error de hecho. Por otra parte, habiendo clasificado al actor como trabajador de la construcción, el Tribunal no tenía por qué exigir la prueba de su labor en anualidades completas sino en períodos no inferiores a un mes, como los que encontró demostrados, pues tal es la exigencia del literal b) del artículo 310 del C.S.T.

Se desecha el cargo.

La sentencia de instancia.

Ya se dijo que ha de prosperar el tercer cargo, en cuanto no se da por probado que el salario devengado por el demandante fuera el de \$7.00 diarios. Como se avanzó al examinar el reparo, para liquidar las vacaciones y la cesantía se debe tomar por base el correspondiente salario mínimo, para aplicarlo a la duración de cada una de las relaciones admitidas, separadamente de las otras, y no considerándolas como una sola. De conformidad con el art. 2o. del D. 71 de 1950, el mínimo hasta el 30 de septiembre 1956, fué de \$2.00 diarios y a partir de esta fecha, de \$3.80, según el art. 1o. del D. 2214 de 1956, habida cuenta de que aparece de autos que el demandado tenía un patrimonio

superior a \$50.000.00 e inferior a \$200.000.00 y del 1o. de julio de 1957, de \$4.37, conforme al Decreto 118 de ese año.

El demandante trabajó durante los siguientes lapsos: 1o.) de 30 abril de 1955 a 14 febrero de 1956; 2o.) de 19 de junio de 1956 a 28 de septiembre de 1956; 3o.) de 22 diciembre de 1956 a 27 de abril de 1957, y 4o.) de 1o. junio de 1957 a 6 de julio 1957. Sumando los resultados parciales, resulta por cesantía \$130.71 y por vacaciones, \$58.43, de conformidad con el art. 310 del C.S.T.

En cuanto a prima de servicios, habiendo laborado el demandante todo el segundo semestre de 1955 y 4 meses del primero de 1957, pero no tres meses dentro de un semestre en el resto del tiempo, le corresponde, a tenor del art. 306, aparte b), la suma de \$66.85.

Por lo que hace a la remuneración de los días festivos se tiene lo siguiente: por los sesenta y seis que hubo en los dos primeros lapsos, durante la vigencia del salario mínimo de \$2.00 son \$152.00; por los 30 comprendidos en los dos últimos, veinte el salario mínimo de \$3.80, son \$114.00, lo que hace un total de \$266.00

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, en cuanto al monto de las condenaciones por cesantía, vacaciones, prima de servicios y descanso en domingos y festivos, y sustituye esos montos por los siguientes: \$130.71 por auxilio de cesantía; \$58,43 por vacaciones; \$66.85 por primas de servicio; \$266.00 por descanso en domingos y festivos. Queda en firme en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Victor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



ERROR EVIDENTE DE HECHO DE LA CORPORACION SENTENCIADORA RESPECTO DE LA CUANTIA DEL SALARIO QUE SIRVIO DE BASE PARA LIQUIDAR LAS PRESTACIONES SUPPLICADAS.

Juicio ordinario laboral de Helena Torralba Moreno c/.—Benjamín Pachón Balcázar (Se casa la sentencia recurrida y en su lugar se absuelve al demandado).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Sección Segunda.—Bogotá, veintiseis de mayo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Por recurso de casación interpuesto por el demandado, se revisa la sentencia de segundo grado pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Helena Torralba Moreno contra Benjamín Pachón Balcázar, con el fin de obtener el reconocimiento y pago, en su favor, de las siguientes prestaciones:

“a) Doscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos (\$266.66) moneda legal, por concepto del auxilio de cesantía causado en un año y cuatro meses de servicios;

“b) Doscientos pesos (\$200.00) moneda legal, por concepto de las primas de servicios causadas en el segundo semestre de 1952 y en el primer semestre de 1953.

“c) Cien pesos (\$100.00) moneda legal, por concepto de la compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas.

“d) Doscientos pesos (\$200.00) moneda legal, por cada mes que haya transcurrido o que transcurra entre el 15 de agosto de 1953 y la fecha en que pague las prestaciones sociales reclamadas, a título de salarios caídos y como sanción por la mora”.

La demanda se apoya en los hechos que en seguida se transcriben:

“1. El diez y ocho (18) de abril de mil novecientos cincuenta y dos (1952) mi

poderdante fué contratada verbalmente por el ingeniero Benjamín Pachón Balcázar para trabajar como mecano—taquígrafa en la oficina de Ingeniería y Contratos que tiene establecida el demandado en Bogotá D.E., calle 12 No. 8—11, oficinas 508 y 509.

“2. Mi poderdante trabajó al servicio del demandado, desempeñando las funciones de mecano—taquígrafa hasta el quince (15) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953) en que se retiró voluntariamente.

“3. Mi poderdante devengó, a título de sueldo y como remuneración de su trabajo, durante todo el tiempo en que prestó sus servicios al demandado, la suma de doscientos pesos (\$200.00) moneda legal, por cada mes de trabajo.

“4. A pesar de las múltiples llamadas telefónicas que mi cliente ha hecho a su ex—patrón en demanda de sus prestaciones sociales y de las varias notas que le ha dirigido, el demandado no ha cancelado ninguna de las prestaciones sociales e indemnizaciones causadas de acuerdo con la ley”.

En derecho, la acción se funda en los artículos 22, 65, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

El juicio fué promovido ante el juez cuarto laboral del circuito de Bogotá, quien puso fin a la primera instancia con sentencia en la cual condena al opositor a pagar a la demandante trescientos ochenta y siete pesos cincuenta centavos, por concepto de cesantía; cien pesos por primas de servicio; cien pesos por vacaciones y ochocientos cuarenta y seis pesos sesenta y siete centavos por indemnización moratoria.

Contra esta sentencia interpuso el demandado recurso de apelación que le fué decidido por el tribunal *ad quem* en sentencia que confirma la de primer grado.

Este último fallo fué recurrido en casación

ante esta Corte por la parte demandada.

Las razones en que el tribunal de instancia funda su decisión aparecen expresadas en la siguiente forma:

“(. . .) No obstante afirmarse en la demanda que el contrato de trabajo se inició el 18 de abril de 1952 y terminó el 15 de agosto de 1953, devengando la demandante durante todo el tiempo en que prestó sus servicios al demandado, la suma de \$200.00 mensuales, el apoderado de éste al relacionar los hechos que sirvieron de fundamento a las excepciones perentorias, confiesa un lapso superior al que se indicó en la demanda, ya que dice que el contrato finalizó el 2 de marzo de 1956 y no en agosto de 1953 como se afirma en el hecho segundo de la demanda. Con todo el juzgador de primera instancia con base en lo dispuesto en el art. 50 del C.P. del T. y en virtud de que los hechos relativos al salario y al tiempo trabajado por el actor se discutieron y se probaron ampliamente, despachó las condenas relacionadas con la censantía, primas de servicio y vacaciones teniendo en cuenta un lapso de 3 años, 10 meses, 15 días, debiéndose observar que el sueldo confesado por la parte demandada fué de \$252.00 mensuales, en el último año, y no de \$200.00 como equivocadamente afirma el *a-quo*. Empero, esta última remuneración será la que tomará como base el Tribunal para hacer las liquidaciones en atención a que no puede hacerse más gravosa la situación del único apelante(. . .)”. El juez de primer grado “afirma que da por demostrado un salario de \$200.00 mensuales en atención a que el demandado al absolver posiciones relacionó remuneraciones distintas, advirtiendo que durante un mes ‘devengó \$200.00 y posteriormente valores menores’. Sin embargo, el juez ha debido atenerse a la confesión que obra al folio trece de la demanda hecha por el doctor Gaviria Salazar, ya que de conformidad con el artículo 607 del C.J. la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, presumiéndose para los escritos de demanda y de excepciones (. . .) El argumento del *a-quo* en el sentido de que cuando hay duda acerca de las pruebas debe aplicarse en favor del trabajador, es errado puesto que la tesis solamente es aplicable en tratándose de duda acerca de disposiciones de carácter sustantivo que regulen el contrato de trabajo”.

En su demanda de casación, el recurrente imputa al fallo anterior, invocando la causal 1a., infracción indirecta de los artículos 65, 186,189 (art. 7o. del decreto 617 de 1954), 249, 253 y 306 del CST, como consecuencia de error de hecho proveniente de la falta de apreciación de unas pruebas y errónea apreciación de otras.

Señala como mal apreciadas 1) La confesión del apoderado del demandado en el escrito de excepciones; y 2) la del opositor en el pleito al absolver posiciones. Y como no tenidas en cuenta: a) El memorial relativo a la consignación de las prestaciones debidas al demandante; b) Las declaraciones de Flor Angela Arias de Correa, Ramón Lozano y Alberto Henao; y c) La confesión de la demandante al absolver las posiciones 2a,4a,5a,6a y 7a del cuestionario que le fué propuesto.

Consiste el error de hecho que, según el recurrente, cometió el tribunal *ad-quem*, en haber dado por establecida, sin estarlo, la cuantía del salario que sirvió de base para la liquidación de las prestaciones a que se condenó a la parte opositora en el juicio.

Para demostrarlo manifiesta que la sentencia hace decir al apoderado del demandado lo que no expresó en el memorial de excepciones en relación con el salario devengado por la demandante en el último año de servicio; que, por otra parte, el tribunal descompuso la aludida confesión, siendo ella indivisible; que sin razón alguna dio prevalencia a la confesión del apoderado judicial del demandado sobre la de este último; que no tuvo en cuenta, además, las pruebas ya relacionadas, de las cuales resulta que a partir de agosto de mil novecientos cincuenta y tres se modificó el contrato de trabajo existente entre la demandante y el demandado en lo referente a la jornada laboral y al salario, habiéndose acordado un horario distinto al que regía anteriormente y un salario no ya fijo sino proporcional al número de horas trabajadas; que la correcta apreciación de las pruebas aludidas pone de manifiesto que al través del debate probatorio no se comprobó el salario que devengaba la demandante; por lo cual el tribunal sentenciador carecía de base para condenar al pago de las prestaciones sociales y para liquidarlas.

Aspira el recurrente en esta forma a que la Corte case totalmente el fallo de segundo

grado, para que, como tribunal de instancia, lo absuelva de los cargos de la demanda.

Como aparece en la transcripción que de la providencia del Tribunal se ha hecho antes, esta corporación da por acreditada la cuantía del salario devengado por la demandante con las confesiones del apoderado judicial del demandado, a la que concede la prevalencia, y del mismo demandado, hechas al proponer excepciones, la primera, y al absolver posiciones, la segunda.

En la relación fáctica en que el procurador judicial del opositor apoya las excepciones de pago, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y petición de modo indebido, expresa:

“a) La demandante ingresó como mecanógrafa al servicio del demandado, primero teniendo obligación de trabajar jornada completa;

“b) Más o menos después de un año de trabajar en esta forma, convino con el demandado en cambiar la forma de prestación de sus servicios, trabajándole por horas y computando éstas de conformidad con el salario que devengaba, es decir, si su salario era de \$2.40 diarios se le pagaba las horas que trabajaba en proporción a dicho salario, o sea que cada hora le era remunerada con la suma de \$0.30;

“c) Sin variar de funciones y dentro del mismo contrato de trabajo, la actora continuó prestando sus servicios de mecanógrafa hasta el día dos de marzo del presente año (1956);

“d) La señorita Torralba continuó teniendo la llave de la oficina ya que se comprometió a ir diariamente en las horas que pudiera para verificar y ejecutar su trabajo de mecanógrafa. Las llaves de la oficina las entregó en el mes de marzo de este año (1956);

“e) A partir del 13 de agosto de 1953 la señorita Torralba Moreno recibió periódicamente el valor de su salario, de conformidad con las horas que trabajaba en cheques contra el Banco Popular, sucursal San Diego;

“f) El capital de mi mandante nunca ha sido superior a \$20.000.00;

“g) Por concepto de salario como mecanógrafa del demandado, la señorita Torralba Moreno recibió en el último año de servicios, o sea, del dos de marzo de 1955 al dos de marzo de 1956, la cantidad de doscientos cincuenta y dos pesos m/cte”;

De esta última manifestación deduce el

Tribunal la consecuencia de que la demandante devengaba en el último año de servicios un salario de doscientos cincuenta y dos pesos *mensuales*; sin embargo, no ofrece duda, por lo evidente, que en tal declaración el señor apoderado del demandado no se refiere en parte alguna al salario *mensual* devengado por la demandante, sino simplemente a lo que “recibió en el último año de servicios (como si se dijera, en el curso del último año de servicios) la suma de doscientos cincuenta y dos pesos. Que según el manifestante esta cantidad no fué la devengada cada mes sino la recibida en el lapso del año, resulta no sólo del tenor literal de la manifestación enunciada, sino también de relacionarla lógicamente con lo expuesto por el aludido apoderado en los literales b), c), d) y e), de los cuales aparece que la señorita Torralba Moreno trabajaba el último año por horas y que por horas se le pagaba en proporción al salario que anteriormente devengaba por meses. Es notorio, consiguientemente, el error del Tribunal en la apreciación de esta prueba.

El demandado, por su parte, al absolver posiciones ante el juez de primer grado, expuso:

Al contestar la pregunta sexta que reza: “Diga el absolvente como es cierto, si o no, que la señorita Helena Torralba devengó como sueldo mensual, durante todo el tiempo en que estuvo al servicio del absolvente la suma de doscientos pesos?”, contestó: No es cierto y aclaró. El sueldo inicial fué de cien pesos; tuvo posteriores variaciones a ciento veinte, ciento cuarenta, también durante un mes devengó doscientos, y posteriormente valores menores”. Al contestar la décima pregunta, que dice: “Diga el absolvente como es cierto, si o no, que por los trabajos ocasionales o esporádicos que el absolvente encargaba a la señorita Torralba, con posterioridad al retiro de dicha señorita, del servicio del absolvente usted pagaba una remuneración convenida por cada trabajo?”, contestó: No es cierto y aclaro. Ya con anterioridad manifesté que la mencionada señorita durante el tiempo que trabajó en mi oficina tuvo diversos horarios y por consiguiente diversas remuneraciones”.

En los anteriores textos salta a la vista que el exponente se refiere a varias asignaciones, de cien, ciento veinte, ciento cuarenta y doscientos pesos mensuales, sin expresar en qué época las devengó la demandante, para en

seguida afirmar que posteriormente devengó "valores menores" sin manifestar la cuantía ni el período. Es claro entonces que de tan vaga manifestación tampoco puede inferir el juzgador que durante el último año de servicios la señorita Torralba gozó de un salario de doscientos pesos, pues la declaración del absolvente está precisamente diciendo lo contrario: que devengó "posteriormente valores menores".

En cambio, dice la misma demandante al absolver posiciones, que "dentro del lapso del 13 de agosto de 1953 a mediados de 1954, vale decir, febrero o marzo, trabajé por horas únicamente, que teniendo en cuenta el salario acordado y el número de horas trabajadas, recibí en total por el lapso referido la suma de \$197.00 c/cte."; y más adelante, al responder la pregunta: "Diga la absolvente como es cierto, si o no, que en el mes de agosto de 1953 usted convino con el doctor Pachón Balcazar seguir a su servicio trabajando no ya tiempo completo sino algunas horas diariamente?", contestó: sí es cierto". En todo lo cual, en declaración que no fué apreciada por el tribunal sentenciador, la actora conviene con el demandado en que de agosto de mil novecientos cincuenta y tres en adelante contrató la prestación de sus servicios por horas en vez de por mensualidades, y en que la cuantía de lo devengado mensualmente durante este último período fué inferior a los doscientos pesos, ya que del mes de agosto citado, al de febrero del año siguiente, esto es, en un lapso de seis meses, sólo obtuvo un salario *total* de ciento noventa y siete pesos.

Los testigos Flor Angela Arias de Correa, Ramón Lozano y Alberto Henao, en declaraciones sin mayor precisión ni concordancia en lo relativo a fechas y períodos de tiempo, se manifiestan contestes, sin embargo, en que la demandante trabajó inicialmente en jornada completa al servicio del opositor, para luego hacerlo solamente por horas.

No cabe duda, pues, en atención a la falta de otros datos procesales de los cuales deducir

la cuantía del salario devengado por la actora en el último período laboral, que si la corporación sentenciadora hubiera dado a las anteriores pruebas el sentido que obviamente se desprende de su texto, no habría podido dar por comprobado el salario que le sirvió de base para liquidar las prestaciones a que obliga la sentencia, sino precisamente lo contrario, esto es, que en los autos no aparece acreditada la cuantía correspondiente. Cometió por lo tanto, un error de hecho evidente, por errónea apreciación de las manifestaciones de la parte opositora al proponer excepciones y absolver posiciones, y falta de apreciación de las demás que se han examinado, lo que llevó a infringir de modo indirecto, por aplicación indebida, las normas legales que establecen y regulan las prestaciones a que fué condenada la parte vencida en las dos instancias, o sea los artículos 65, 186, 189, 249, 253, y 306 del CST, por lo cual procede la quebra del fallo de segunda instancia para, previa revocación del de primer grado, absolver a la parte demandada de los cargos que le formula el libelo, ya que, como se ha visto, se omitió producir en el juicio la prueba del salario que pudiera servir de base para la liquidación de las prestaciones suplicadas.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 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 Bogotá en este negocio, y resuelve:

Revócase la sentencia de primer grado proferida por el juez cuarto laboral del circuito de Bogotá, y en su lugar, absuelvase al demandado del pago de las prestaciones impetradas en la demanda.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes,
Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., *Secretario*.

TECNICA DE CASACION.— REQUISITOS ESENCIALES DE LA DEMANDA PREVISTOS EN EL ARTICULO 90 DEL C.P.L.—

Impugnación inaceptable en sede de casación por omitir lo fundamental para el recurso.— Elementos clásicos del vínculo laboral a que se refiere el art. 23 de C.S. del T.— Pruebas.— Su estimación.—

1.— *Una impugnación que omita lo esencial para el recurso de casación, es inaceptable en esta sede, pues es indispensable indicar "el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estime violado, y el concepto de infracción, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea" (art. 90 del C.P.L., literal a— del ordinal 5o.), y cuando se estima "que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas"; la singularización de éstas y de la clase del error atribuido al fallador (literal b— del mismo ordinal).*

2.— *El acusador, en el caso de autos, sólo invoca el art. 23 del CST, descriptivo de los elementos clásicos del vínculo laboral, disposición sustantiva que no constituye por sí misma una proposición jurídica completa, como lo requiere la naturaleza del recurso, pues habría debido relacionarla con las normas de derecho material de donde dimanen concretamente las condenaciones pretendidas en el juicio (por ejemplo, las que imponen al patrono la obligación de pagar el salario acordado o instituyen y regulan las respectivas prestaciones e indemnizaciones) para que su vinculación pudiera incidir en la parte resolutive de la sentencia. De lo contrario, aún prosperando se quedaría la acusación en mitad del camino.*

3.— *En cuanto a las pruebas, la mención escueta de algunas de ellas sin el menor intento de confrontación entre lo que cada una acredita en realidad y su apreciación contraria por el fallador, carece de eficacia en casación por no ser esta una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación, regida por principios técnicos rigurosos.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

ABEL DOMINGUEZ demandó ante el Juzgado del Trabajo de Quibdó a ADRIANO RIVAS LOPEZ por salarios insolutos, cesantías y "cuanto más probare en juicio", afirmando haber sido trabajador dependiente de este último como bodeguero a jornal y luego como piloto de una lancha de su propiedad, mediante participación de un cincuenta por ciento sobre las utilidades líquidas de la misma, y haber sido despedido injustamente. Al contestar la demanda, Rivas admitió haber recibido los servicios personales de Domínguez, tanto en la bodega como en la lancha mencionadas, con jornal mínimo de \$10.50, pero sin participación en las utilidades, y aunque admitió igualmente haberlo despedido, alegó determinados motivos para ello. A pesar de tal confesión de Rivas, el Juzgado lo absolvió con base en un papel firmado por él y por Domínguez en el que se habla de que éste fué "socio industrial", y apelada la decisión del *a—quo*, el Tribunal Superior de Quibdó la confirmó en providencia que viene ahora acusada en casación por el actor.

Para fundar su petición de que se case la sentencia del *ad—quem* y en su lugar se hagan contra Rivas las condenaciones impetradas en el libelo inicial, el recurrente se limita a expresar:

"El H. Tribunal Superior de Quibdó, al proferir su fallo en este negocio, violó la ley sustantiva laboral en lo concerniente al contrato de trabajo, por error en la apreciación de los elementos esenciales que postula el artículo 23 del C.S. del T., en cuanto a los elementos b) y c) que expresan:
b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del

patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y

'c) Un salario como retribución del servicio'.

"En cambio el H. Tribunal Superior de Quibdó, le dio valimento a los preceptos del Título 27 del Código Civil, en los artículos 2079 y 2083 de dicho código.

"Conceptúo que la infracción cometida por el H. Tribunal Superior de Quibdó, se debió, a interpretación errónea del comprobante del folio 3 del expediente, ya que no analizó dicha prueba en sí misma, primero, en sus conexidades de letra y espíritu, y luego, en segundo término, la falta de la conexidad jurídica entre esa prueba del folio 3 con las demás pruebas allegadas legalmente al expediente, como la de los testimonios de los acompañantes del señor Domínguez en la conducción de la lancha La Sabina; la prueba de la demanda o denuncia criminal instaurado por el señor Rivas López en el Juzgado Promiscuo Segundo Municipal de Quibdó. Se trata, pues, de un mayúsculo error de derecho, entre lo que es un contrato de trabajo y lo que es un contrato de sociedad civil".

Una impugnación así concebida es claramente inaceptable en esta sede, porque omite lo esencial para el recurso extraordinario, vale decir, la indicación de "el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estime violado, y el concepto de la infracción, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea" (art. 90 del C.P.L., literal a— del ordinal 5o.), y cuando se estima "que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas", la singularización de éstas y de la clase del error atribuido al fallador (literal b— del mismo ordinal).

En cuanto a lo primero, el acusador sólo invoca el art. 23 del CST, descriptivo de los elementos clásicos del vínculo laboral, disposición sustantiva que no constituye por

sí misma una proposición jurídica completa, como lo requiere la naturaleza del recurso, pues habría debido relacionarla con las normas de derecho material de donde dimanen concretamente las condenaciones pretendidas en el juicio (por ejemplo, las que imponen al patrono la obligación de pagar el salario acordado o instituyen y regulan las respectivas prestaciones e indemnizaciones) para que su violación pudiera incidir en la parte resolutive de la sentencia. De lo contrario, como en el presente caso, aún prosperando se quedaría la acusación a mitad del camino.

Y en cuanto a las pruebas, la mención escueta de algunas de ellas ("el comprobante de f. 3", "los testimonios de los acompañantes del señor Domínguez" o "el denuncia criminal"), sin el menor intento de confrontación entre lo que cada una acredita en realidad y su apreciación contraria por el fallador, carece de eficacia en casación por no ser ésta una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación, regido por principios técnicos rigurosos. Fuera de que, en el escrito que se examina, ni siquiera se alude a la inspección ocular cuyos detalles transcribe la sentencia como fuente del convencimiento, acertado o erróneo, del Tribunal, como tampoco a la posible confesión judicial de Rivas López al contestar el libelo promotor de éste pleito, no obstante su importancia decisiva en estrados.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

A mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, *Secretario.*

INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE CAUSADO POR LA RUPTURA ILEGAL DE CONTRATO DE TRABAJO.

Ineficacia de las pruebas aportadas para acreditar la separación o expulsión del trabajador del Sindicato.— Trabajador amparado por la Convención que suspendió la vigencia de la cláusula de reserva.— “Atribución exclusiva” de la Asamblea Sindical en cuanto a la expulsión de sus afiliados.—

El Tribunal no desconoce la virtualidad resiliatoria de la cláusula de reserva, ni le da a la norma que la consagra (art. 48 del C.S.T.) una interpretación torcida, ni se rebela contra su mandato; si se niega a aplicarla es porque no tiene por demostrada la expulsión del trabajador del Sindicato, y encuentra que a los afiliados de éste no puede aplicárseles aquella cláusula en razón de lo pactado en la convención colectiva. Tampoco ignora que la indemnización del lucro cesante está circunscrita por el estatuto del trabajo al caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato, ni entiende como ilegal la ruptura proveniente del ejercicio válido de la cláusula de reserva. Al aplicar al caso de autos el precepto respectivo (art. 48 del C.S.T.) se apoya en cuestiones de hecho, tal la de que el trabajador continuaba siendo miembro del Sindicato a la época de su despido y, por serlo, amparado por la Convención que suspendió la vigencia de la cláusula de reserva. El planteamiento del ataque por vía directa resulta pues equivocado.

Pero, además, la Sala encuentra ajustada a derecho la tesis básica del sentenciador. Lo que la ley proclama: “atribución exclusiva” de la Asamblea sindical, como ocurre con la expulsión de los afiliados, no puede ser asignado en los estatutos a otros órganos directivos de la agremiación, ni tendría eficacia su pretendida arrogación por cualesquiera funcionarios del grupo, ni vale para los empresarios ampararse en la ignorancia de aquella exclusividad. Lo cual, por otra parte, se encamina a tutelar las prerrogativas de los sindicalizados contra una eventual injusticia de directores transitorios, al radicar la potestad de imponer la pena máxima, que es la expulsión, en la Asamblea General, integrada por todos los compañeros del acusado.

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

Comparece acusada en casación la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali revocando el fallo absolutorio de primer grado, condena a la COMPAÑIA CROYDON DEL PACIFICO, S.A. a pagarle a HERNANDO URREA PRADO determinada indemnización del lucro cesante causado por la ruptura ilegal de su contrato de trabajo.

Según el Tribunal, la cláusula de reserva estipulada válidamente en el contrato individual de 1959, y en cuya virtud la Compañía despidió al mencionado trabajador en mayo de 1963, dejó de ser utilizable durante la vigencia de la convención colectiva de 1961 (26 de junio de 1961 a 26 de junio de 1963), por haberlo así estipulado la CROYDON con el Sindicato de base a que estaba afiliado URREA, de donde el despido de éste resulta ilegal y origina por tanto la indemnización reclamada y decretada. La Compañía sostuvo en las instancias, y lo reitera en casación, que URREA cesó de estar amparado por la aludida convención colectiva desde su expulsión del Sindicato, en febrero de 1962, habiendo recobrado desde entonces su vigencia, respecto de él, la antigua cláusula de reserva; arguyó que, de conformidad con el art. 2o. del Decreto 18 de 1958, “la convención colectiva de trabajo que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados” o a quienes, sin serlo, le paguen al sindicato “una suma igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización”, condición esta última que

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

Jampoco cumplió el reclamante, para concluir que el despido de éste fue legal y no puede causar indemnización ninguna. A efecto de precisar mejor el ámbito del debate, es necesario agregar que el sentenciador refuta los argumentos de la CROYDON negando la expulsión Sindical de URREA porque, a la luz de los arts. 376 y 377 del CST, la adopción de tal medida es privativa de la asamblea general del sindicato y su prueba sólo es admisible mediante la copia del acta respectiva, mientras que en el caso de autos se trata de una simple resolución de la junta directiva, cuya copia se adujo al proceso.

Con el fin de que la Corte case la sentencia acusada y, en su lugar, confirme el fallo de primera instancia, totalmente absolutorio para la Compañía, ésta formula y sustenta un sólo cargo, así:

“Acuso la sentencia por haber incurrido en violación del género directo en relación con los artículos 48, 64, 376, 377 del Código Sustantivo del Trabajo y con el artículo 2o. del Decreto Legislativo 0018 de 1958, según lo concretaré adelante.

“Para demostrar que las violaciones fueron del género directo, es decir, sin relación con la cuestión probatoria del proceso, destaco, en primer lugar, la circunstancia de que el *ad-quem* en su fallo tuvo por probados, aceptándolos explícita o implícitamente, los siguientes hechos fundamentales del litigio.

“1o.— Que realmente fue expedida por la Junta Directiva del Sindicato la Resolución No. 1 del 9 de febrero de 1962, por medio de la cual se expulsó de su seno al señor HERNANDO URREA PRADO;

“2o.— Que en el contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la empresa, se pactó expresamente la cláusula de reserva de terminación unilateral;

“3o.— Que el demandante no reclamó ni recurrió ni accionó contra la mencionada Resolución de la Junta Directiva de aquella agrupación sindical;

“4o.— Que después de expedida la citada Resolución No. 1, del 9 de febrero de 1962, el señor URREA no hizo manifestación alguna de su voluntad de acogerse a dicha Convención Colectiva ni pagó, por otra parte, cuota alguna total o parcial al Sindicato.

“Estos hechos son relievantes en el proceso y, sin embargo, el Tribunal aplicó a ellos las normas legales en que basó su fallo con manifiesta transgresión de sus ordenamientos

jurídicos, como paso a demostrarlo.

“Ya hemos visto que el Tribunal aceptó como probada la expedición de la Resolución No. 1, de fecha 9 de febrero de 1962, originaria de la Junta Directiva del Sindicato, por medio de la cual fue expulsado del seno de la agrupación el señor HERNANDO URREA, sin embargo no reconoció a este hecho que, repito, admitió como demostrado, sus consecuencias legales, pues consideró que solo en presencia de una decisión adoptada en ese sentido por la Asamblea General del Sindicato podía entenderse consumada la desafiliación del trabajador.

“Pero el Tribunal no tuvo en cuenta que la empresa no podía pasar por alto la determinación de la Junta Directiva, ni subestimar sus consecuencias porque al propio interesado se abstuvo de proponer reclamación o recurso alguno contra aquella decisión, quedando así consumada su expulsión.

“Por otra parte el *ad-quem*, no obstante dar por probado el hecho de que el señor URREA no se acogió a la fórmula señalada en el artículo 2o. del Decreto 0018 de 1958, según el cual quien no es afiliado a un Sindicato puede, sin embargo, beneficiarse de las estipulaciones de una Convención Colectiva mediante el pago de la mitad de las respectivas cuotas, estimó que ello había sido sin culpa ni renuencia del trabajador y que esta circunstancia neutralizaba los efectos de aquel hecho.

“De manera que conforme a este planteamiento no hay duda de que el Tribunal incurrió en las violaciones del género directo que anteriormente indiqué y que ahora procedo a puntualizar en los siguientes términos:

“a).— Del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo tal como quedó modificado por el artículo 1o. del Decreto 616 de 1954, porque conforme a dicha disposición es válida la cláusula de reserva consignada en el respectivo contrato de trabajo, como ocurrió en el caso de autos. Sin embargo, el Tribunal dejó sin aplicación esa disposición con lo cual la quebrantó;

“b).— Del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo porque el Tribunal condenó a la empresa a la indemnización por lucro cesante en él señalado cuando no era pertinente tal condenación, ya que fue lícito el ejercicio de la cláusula de reserva de

terminación unilateral porque el trabajador estaba fuera del amparo de la Convención Colectiva al quedar como quedó expulsado del Sindicato;

“c).— Del artículo 376 del mismo Código porque aunque es cierto que según su texto la expulsión de los afiliados es atribución exclusiva de la Asamblea General del Sindicato, había que tener en cuenta que la empresa se encontraba frente a un acto consumado por la Directiva y que era al trabajador y no a ella a quien correspondía reclamar o accionar contra la legalidad de ese procedimiento. De manera que este artículo fue violado por aplicación en forma indebida al caso de autos;

“d).— Del artículo 377 del mismo Código porque aunque es cierto que según su texto el cumplimiento de lo consignado en el artículo precedente se acredita con la copia de la parte pertinente del acta de la respectiva reunión, ya hemos visto cómo en el caso sub-lite no podía prescindirse de la consideración de que la empresa se encontraba frente a un hecho consumado por la Directiva del Sindicato y contra el cual no había reclamado y recurrido el interesado;

“e).— Del artículo 2o. del Decreto Legislativo 0018 de 1958 porque el Tribunal, a pesar de tener por demostrado que el interesado no había efectuado las cotizaciones respectivas lo exoneró virtualmente de tal obligación, con lo que violó directamente el referido artículo por falta de aplicación”.

Se examina el cargo:

En la motivación del fallo acusado, el sentenciador da por establecido “que el despido se originó en la aplicación de la cláusula cuarta del contrato individual de trabajo —cláusula de reserva—, por cuanto se consideró que la expulsión del trabajador del Sindicato impedía la aplicación de la convención signada entre la empresa y la entidad obrera”. Y después de transcribir los arts. 376 y 377 del CST, arguye:

“Al tenor de estas normas aparece pretermitido el ordenamiento correspondiente no solo para decretar válidamente la expulsión, sino también para acreditarla. De tal suerte la Resolución No. 1 de febrero 9/62, originaria de la Junta Directiva, cuya copia se agrega, carece de poder de convicción, siendo así que la prueba idónea

hubiera sido la *copia auténtica del acta de la sesión de la Asamblea General dentro de la cual se decretó la expulsión.*

“Es así como la Sala considera que las pruebas acatadas por el fallador de primera instancia, no son las eficaces para acreditar la separación o expulsión del trabajador Urrea del Sindicato. Careciendo el informativo de tal prueba vertebral, se tendrá al trabajador como sindicalizado, toda vez que tampoco puede valorarse el oficio de folios 14 bis, referente al pago de las cuotas a que alude el Decreto 0018/58, por cuanto es claro que a Urrea no se le hicieron deducciones o descuentos por cuota sindical, no por culpa ni renuencia suya, sino porque el patrono no hizo las deducciones a que se refiere el mismo Decreto.

“Entonces Urrea continúa amparado por la Convención Colectiva vigente desde el 26 de junio de 1961, la cual suprime la cláusula de reserva para acoplar los contratos individuales al colectivo”.

Como es fácil observar, el fundamento de la decisión del *ad-quem* es estrictamente probatorio: “las pruebas... no son las eficaces para acreditar la separación o expulsión del trabajador Urrea del Sindicato”. Si este fundamento fuera falso, se estaría en presencia de un error en la valoración de las probanzas; pero en manera alguna ante una infracción directa de la ley sustancial, como lo afirma el impugnante. Porque el Tribunal no desconoce la virtualidad resiliatoria de la cláusula de reserva, ni le da a la norma que la consagra (art. 48 del CST) una interpretación torcida, ni se rebela contra su mandato; si se niega a aplicarla es porque *no tiene por demostrada la expulsión* de Urrea del sindicato, y encuentra que a los afiliados de éste no puede aplicárseles aquella cláusula en razón de lo pactado en la convención colectiva. Tampoco ignora que la indemnización del lucro cesante está circunscrita por el estatuto del trabajo al caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato, ni entiende como ilegal la ruptura proveniente del ejercicio válido de la cláusula de reserva; al aplicar al caso de autos el precepto respectivo (art. 48 del CST), se apoya en cuestiones de hecho, tal la de que Urrea continuaba siendo miembro del sindicato a la época de su despido y, por serlo, amparado por la convención que suspendió la vigencia de la cláusula de reserva. El planteamiento del

ataque por vía directa resulta, pues, equivocado.

Pero, además, la Sala encuentra ajustada a derecho la tesis básica del sentenciador. Lo que la ley proclama "atribución exclusiva" de la asamblea sindical, como ocurre con la expulsión de los afiliados, no puede ser asignado en los estatutos a otros órganos directivos de la agremiación, ni tendría eficacia su pretendida arrogación por cualesquiera funcionarios del grupo, ni vale para los empresarios ampararse en la ignorancia de aquella exclusividad. Lo cual, por otra parte, se encamina a tutelar las prerrogativas de los sindicalizados contra una eventual injusticia de directores transitorios, al radicar la potestad de imponer la pena máxima, que es la expulsión, en la asamblea

general, integrada por todos los compañeros del acusado.

El cargo no prospera.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Oscario., *Secretario.*

CONTRATO VERBAL DE TRABAJO

La labor de vigilancia implica una "actividad personal del trabajador" y está excluida de la jornada máxima legal, a tenor de lo contemplado en el art. 162 del CST.— El derecho laboral permite la coexistencia de varios patronos respecto de un mismo trabajador.— Supuesta violación de los arts. 2o. del Decreto 2214 de 1965 y 65 y 129 del CST.— El salario mensual como base para liquidar las prestaciones sociales.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Ante el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín Enrique Ríos, por medio de apoderado, demanda a Gerardo Franco, para que sea condenado a pagarle las sumas que le adeuda por razón de cesantía, vacaciones, primas de servicios, reajuste de salarios, zapatos y vestidos, e indemnización moratoria, más las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho afirma en el libelo que laboró para Franco en la finca de éste denominada "El Cortado" de manera continua durante trece años, en todo lo relacionado con la administración, vigilancia, cuidado y ordeño de los ganados, y sostenimiento de potreros; que como salario recibió cada semana la suma de cinco pesos (\$5.00) y que por pura liberalidad Franco le estuvo dando, también cada semana, un kilo de carne, pero sólo durante los dos últimos años y medio de trabajo; que nunca disfrutó de vacaciones remuneradas ni percibió su compensación monetaria; ni recibió primas de servicio, ni zapatos ni overoles, ni cesantía.

En la contestación de la demanda Franco, por medio de su apoderado, acepta que Ríos trabajó en su finca, pero no por todo el tiempo por éste indicado, sino tan sólo dos días de la semana, pues era un "agregado" de la finca, que, según la costumbre de la región

trabajaba los días restantes para otros patronos; que fracasó una diligencia de conciliación ante un inspector de asuntos campesinos, y que más tarde, ante el Alcalde de Montebello, llegaron a un acuerdo sobre prestaciones sociales, por la suma de \$300.00, que Ríos recibió, pero que luego devolvió.

Termina el demandado solicitando el rechazo de las pretensiones del actor, y alegando las excepciones de prescripción y transacción, y la "derivada de carencia de patrimonio gravable suficiente". Posteriormente hace consignación de la suma de \$300.00, que considera era la única que debía. En la sentencia que puso fin a la primera instancia, el Juzgado decide como a continuación se indica: "Condénase al señor Gerardo Franco C. a pagar al demandante señor Enrique Ríos, las siguientes cantidades por concepto de prestaciones, salarios e indemnizaciones, así:"

"Mil cuatrocientos treinta y cinco pesos con veinte centavos (\$1.435.20) por cesantía".

"Doscientos veinte pesos con ochenta centavos M.L. (\$220.80) por vacaciones. Ciento cuarenta y un pesos con setenta y tres centavos M.L. (\$141.73) por PRIMA DE SERVICIOS".

"Trescientos ocho pesos con veintidos centavos M.L. (\$308.22) por REAJUSTE DE SALARIOS".

"Queda el demandado en la obligación de suministrar al trabajador tres (3) pares de zapatos y tres (3) vestidos adecuados".

"Queda igualmente en la obligación de pagar al señor RIOS la suma de TRES PESOS

CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS M.L. (\$3.68) por día a partir del once (11) de abril de 1958 hasta que el pago total de estas prestaciones se consume”.

“Queda el demandado autorizado para deducir de las condenas anteriores la suma de TRESCIENTOS PESOS (\$300.00) que ya el actor recibió”.

“Se DECLARA establecida la excepción de prescripción en la forma indicada en la parte motiva, y no procedentes las restantes propuestas”.

En virtud de apelación de ambas partes, va el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cual modifica la sentencia del *a quo*, quedando las condenas en la siguiente forma:

“Condénase al señor Gerardo Franco C. a pagar al señor ENRIQUE RÍOS las sumas de cuarenta y dos pesos con sesenta centavos (\$42.60) por vacaciones, cincuenta y tres pesos con veinticinco centavos (\$53.25) por primas de servicio, doscientos setenta y seis pesos con noventa centavos (\$276.90) por cesantía y en especie cinco pares de zapatos y cinco vestidos adecuados al trabajo que desarrollaba el demandante. Además, a título de indemnización por la mora en el pago de aquéllos conceptos, la cantidad de ciento diez pesos con setenta y seis centavos (\$110.76). Se absuelve al demandado de los demás cargos contenidos en la parte petitoria del libelo”.

“Se autoriza al señor Franco para deducir del monto de las condenaciones anteriores, la cantidad de \$300.00, que ya recibió el demandante a cuenta de prestaciones sociales. “Se declara parcialmente configurada la excepción de prescripción”.

“Para el Tribunal “no está demostrado, por el demandante, a quien correspondía probarlo, que laborara en el finca de Franco en todos los días de la semana”, y al respecto se basa en “la confesión cualificada” de éste, complementada con declaraciones de testigos, y cita expresamente la de Gerardo López Cassio y la de Pedro Antonio Alarcón.

Por lo que hace al salario que recibía el demandante y recurrente Ríos se expresa así: “El salario del demandante era mixto, en dinero y en especie. El último formado por la habitación que recibía para él y su familia, la carne y la leche que semanalmente se le daban, no fue avaluado en dinero en el curso del juicio, como lo exige el artículo 129 del C.S. del T., y por lo tanto no podrá ser

apreciado. En consecuencia, sólo se conoce el salario de \$5.00 en dinero que recibía semanalmente por lo cual su remuneración real era de \$21.30 mensuales”.

(...) “No hay lugar a reajuste del salario en dinero hasta el nivel del mínimo legal, y éllo en cuanto al tiempo no afectado por la prescripción, por cuanto el demandante recibía una remuneración mixta en dinero y en especie y en esa situación no rigen las normas sobre salario mínimo, al tenor del art. 2o. del Decreto 2214 de 1956”.

“El Juzgado de primera instancia considera que Ríos no tenía salario en especie, pero su confusión radica en que sólo aprecia como tal el kilo de carne semanal, sobre el cual expresa que “la mísera ración que por tal concepto se suministraba al demandante, en ninguna forma puede considerarse como salario en especie”, sin tener en cuenta de que a Ríos también se le daba la habitación, que era el elemento más importante del salario en especie, fuera del beneficio de la leche”.

Contra el proveído del Tribunal interpone Ríos recurso de casación, y, aduciendo la causal primera del art. 87 del C.S.T., y luego de fijar el alcance de la impugnación en el sentido de que se case parcialmente la sentencia del Tribunal y se confirme la del Juzgado, formula un “primer cargo”, que queda como cargo único, así:

“La sentencia del Tribunal violó en forma indirecta los siguientes artículos del C.S.T.: 22, 23 y 24 que definen el contrato de trabajo, señalan los elementos que lo integran y establecen la presunción de que todo servicio personal está regido por un contrato de trabajo; 25 y 26 que tratan de la concurrencia y coexistencia de contratos respectivamente; 65 relativo a la indemnización por mora en el pago de los salarios y las prestaciones sociales; 145 relacionado con el salario mínimo; 492 que deja vigentes las normas que regulan el salario mínimo; y los decretos 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950, 2214 de 1956 y 0118 de 1957, disposiciones éstas que fijaron el salario mínimo y los aumentos del jornal de los trabajadores en razón del alto costo de la vida”.

“Las normas sustantivas citadas, las dejó de aplicar el H. Tribunal Superior de Medellín al caso debatido, a causa de evidente error de hecho en que incurrió por no haber apreciado unas pruebas y por la errónea apreciación de

otras, tal como lo demostraré a continuación. Como consecuencia de las violaciones anotadas, violó también el fallador de segunda instancia, por aplicación indebida, a causa de los mismos protuberantes errores de hecho, los Arts. 129 del C.S.T. que indica cuál es el salario en especie, 186 a 192 de la misma obra que consagran el derecho a vacaciones, 249 y 253 ibidem que regulan la prestación de cesantía y 306 del mismo código sobre prima de servicios. Y digo que éste último grupo de disposiciones sustantivas fue indebidamente aplicado, porque el fallador al computar o liquidar las prestaciones sociales tomó en cuenta un tiempo de servicios inferior al demostrado en el expediente y un salario muy por debajo del mínimo legal”.

“El caso a estudio de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral es bastante claro. Se trata de que el señor Enrique Ríos prestó sus servicios personales a Gerardo Franco como encargado o mayordomo de la hacienda “El Cortado”, por espacio de trece años contados a partir del 1o. de enero de 1958 hacia atrás, recibiendo como remuneración la suma de \$5.00 semanales y un kilo de carne de res que el mismo patrono estimó en \$4.00, o sea que el salario de Ríos conforme lo asevera el mismo demandado fue de \$9.00 cada semana. Vimos antes como el cuidado y vigilancia de la finca y del ganado, implicaban para Ríos su trabajo personal en favor de Franco durante toda la semana. Aceptando en gracia de discusión que el demandante Ríos trabajara en algunos días con otros patronos o en sus cultivos propios dentro de la hacienda “El Cortado”, tales fenómenos en nada afectarían la existencia del contrato de trabajo, ya que como antes se dijo este puede concurrir y coexistir con contratos de otra naturaleza, según lo indican los Arts. 25 y 26 del C.S.T.”

“Conforme lo anotaba en los párrafos anteriores la función de cuidado y vigilancia de una finca no requiere la actividad concreta y continua del trabajador en todas las horas del día. Se trata de una labor de confianza, dirección y administración que puede apreciarse más sensiblemente en los resultados finales, con motivo de la responsabilidad que tiene el trabajador de vigilar las cosas que se le confían y responder por ellas. La simple vigilancia de la finca y del ganado del señor Franco, no exigían por parte del trabajador Ríos la ejecución de actos materiales,

concretos y continuos como lo pide el H. Tribunal Superior de Medellín”.

“El error grave y evidente en que incurrió el fallador de segunda instancia, lo hago consistir en que contra el mandato expreso de los textos legales que se citan como violados, negó la existencia de contrato de trabajo entre Ríos y Franco durante todos los días de la semana, sugiriendo en forma caprichosa que el trabajador demandante solo laboraba por espacio de dos días semanales. La presunción juris tantum sobre la existencia del contrato laboral donde quiera que se observa la prestación de un servicio personal, no fue desvirtuada por el demandado. El señor Franco aceptó la duración del contrato que lo ligó con Ríos, tanto en el acta de conciliación de la Inspección de Asuntos Campesinos como en la respuesta a la demanda, pruebas éstas que como se observará más adelante fueron apreciadas por el Tribunal en forma equivocada”.

“Otro error grave de la sentencia de segundo grado, consistió en que el fallador no tuvo en cuenta el salario mínimo legal que debió devengar el trabajador demandante, para con esa base reconocer el reajuste de jornal y computarlo igualmente en la liquidación de las prestaciones sociales. Como lo anota el señor Juez de primera instancia el salario del demandante Ríos era de \$5.00 en la semana que se le entregaban en dinero y \$4.00 en especie como valor del kilo de carne que también semanalmente le suministraba Franco, con la habitación y la leche las recibía el actor no a título de salario, sino por la liberalidad del demandado. Es apenas insólito pensar que con el kilo de carne recibido a la semana por Ríos, cumpliera Franco con su obligación de pagar al demandante el jornal mínimo legal. Al menos para la liquidación y cómputo de las prestaciones sociales debió el fallador de segunda instancia tener en cuenta el salario mínimo legal”.

A juicio del recurrente el Tribunal apreció erróneamente las dos confesiones que hizo el demandado y los testimonios de López, Alarcón, y Domínguez. De otro lado, dejó de apreciar la de Uribe, y el interrogatorio a que fue sometido el demandante. Aunque citada en el capítulo de pruebas mal apreciadas, la de Luis Angel López, es, en realidad considerada como prueba no apreciada.

Se considera:

Ante el Inspector Nacional de Trabajo de Fredonia el demandado reconoció:

"Mi reclamante tiene trece años de estar a mi servicio en la finca ya dicha y como encargado de ella. La finca, como ya lo expresó él es de ganado y tiene una cabida de unas 18 cuadras y en ella he tenido de quince a dieciocho reses. El contrato de trabajo con mi reclamante fue verbal durante todo el tiempo que estuvo en mi finca y el salario era de CINCO PESOS SEMANALES (\$5.00) en efectivo y en especie le daba UN KILO DE CARNE DE RES que hoy está en el municipio de MONTEBELLO el kilo a CUATRO PESOS (\$4.00). Este era el salario semanal de mi reclamante. Este salario no era por el trabajo de la semana, pues el señor RÍOS sólo tenía el compromiso de trabajar en la finca dos (2) días semanales y por la suma ya dicha. Además le suministré una casa en la finca para que viviera con su familia y por mera liberalidad le permitía ordeñar una, dos y hasta tres vacas para que él disfrutara libremente de la leche, quedando obligado a vigilarme en el resto de la semana el ganado, por estas garantías de la casa y de las vacas para ordeño. En cuanto a las prestaciones que reclama, estoy dispuesto a reconocérselas desde el día 1o. de enero de 1951 en adelante, hasta el 1o. de enero de 1958 pues de acuerdo con el catastro de mis fincas la ley sólo me obliga a pagar desde el 1o. de enero de 1951 en adelante y a pagarle únicamente cesantía pues como ya dije él solo me prestaba el servicio dos días semanales, y la vigilancia del ganado era a cambio de la casa y de las vacas de desleche".

En la contestación a la demanda, que Franco dio por medio de su apoderado, dijo: "Enrique Ríos era un "agregado" de la finca del señor Franco C. y como tal solamente trabajaba dos (2) días al dueño de la tierra, y el resto a otros propietarios. Esta calidad de "agregado" es muy conocida en Antioquia y cualquiera sabe que consiste en proporcionarle casa para él y su familia, con la obligación de darle trabajo uno o varios días por semana, y el "agregado" queda comprometido a cuidar en términos generales la finca en donde vive".

Aparece claro que en esas dos oportunidades la parte demandada admitió que Ríos, si bien hacía trabajos manuales sólo dos días a la semana, en los restantes desempeñaba la labor de cuidanderb de la

finca, lo que no deja de constituir también un trabajo. Sin que valga alegar, como parece que sostiene el Tribunal, que tal labor de vigilancia, por no traducirse en actos externos positivos, no implican una "actividad personal del trabajador", pues esto llevaría a desconocer a los vigilantes su calidad de trabajadores, lo que sería inadmisibile. Los vigilantes, para no abundar en razones, están expresamente contemplados por el art. 162 del C.S.T., para excluirlos de la jornada máxima legal.

Las declaraciones de López y Alarcón, no desvirtúan la confesión del demandado, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal.

Afirma López que "Ríos trabajaba en esa finca (la del demandado) y en ella vivió; no sé cuántos días por semana, pero sí cuántos estuvo Ríos en dicha finca. . . Si era Enrique Ríos "agregado" de Gerardo Franco en la finca de El Cortado de este Distrito y vivía en la casa de dicha finca y la tenía de modo gratuito. Respecto a cuántos días de la semana trabajaba Ríos para Franco ya dije antes que no sé exactamente, pero me consta sí, que no eran todos los días de la semana, porque Ríos se alquilaba muy repetidamente para trabajar con otras personas a saber: Angel María López, Luis Angel López Cossio, Pedro Alarcón y otros que por el momento no recuerdo".

Interrogado López Cossio, dice que le consta que Ríos estuvo viviendo en la finca del demandado, pero ignora en qué condiciones, así como el número de años. Apenas cree que vivió como agregado. "No me consta—dice— si Ríos trabajaba permanentemente allí en esa finca o también se dedicaba a trabajar con otras personas distintas". Desmiente, pues, a Gerardo López.

Alarcón tampoco corrobora a éste, ya que apenas dice que Ríos trabajó para él "de dos a tres días. en tres semanas".

Así, pues, de la confesión de Franco resulta meridianamente claro que Ríos trabajó para él todos los días de la semana, si bien en algunos sólo lo hiciera como vigilante, y tal conclusión no está desvirtuada por los declarantes Gerardo López y Alarcón, ni tampoco por la del otro López, como se vió. Por otra parte, de que Ríos hubiera podido trabajar en algunas ocasiones para otros patronos no se puede inferir necesariamente que dejó de estar vinculado a Franco en esas oportunidades, como quiera que el derecho laboral permite la

coexistencia de varios patronos respecto a un mismo trabajador (art. 26 del C.S.T.)

De lo dicho resulta que erró evidentemente el Tribunal, al concluir de las confesiones del demandado y de los testimonios analizados que Ríos sólo trabajó para aquél dos días a la semana, y no la semana entera. Pero, como se verá, este error es inverso.

Por lo que hace al salario que devengó el demandante ya se dijo que el Tribunal lo estimó en \$5.00 semanales, y \$21.30 al mes, y que prescindió de considerar el valor del kilo de carne, de la habitación y de la leche en atención a que estos elementos integrantes del salario mixto no fueron avaluados durante el juicio. Sobre este punto no es eficaz el ataque del recurrente, pues se limita a decir que está demostrado que el salario era de \$9.00 a la semana, porque estaba integrado por los \$5.00 y el kilo de carne cuyo valor el propio demandado estimó en \$4.00. Pero habiendo basado su conclusión el Tribunal en el inciso segundo del art. 129 del C.S.T., el recurrente debió demostrar en qué consistió la violación de éste último precepto, lo que no hizo, pues se limitó a señalarlo como infringido, sin alegar razón ninguna.

En cuanto a la negativa del Tribunal a reconocerle al demandante el salario mínimo, fundamentada en que, de conformidad con el art. 2o. del Decreto 2214 de 1956, las normas que lo regulan no rigen respecto a los salarios mixtos, no prospera tampoco el cargo, ya que

la argumentación del Tribunal es inobjetable.

Con relación a la violación del art. 65 del C.S.T. debe anotarse que el recurrente se limitó también a indicarlo entre los infringidos por el Tribunal, pero sin hacer demostración alguna sobre dicha infracción.

Ahora bien: siendo el salario mensual, en el presente caso, la base para liquidar las prestaciones sobre que versa la inconformidad del recurrente, (vacaciones, primas de servicio y cesantía), y no habiendo podido variarse la suma en que el Tribunal computó dicho salario, resulta sin ninguna incidencia sobre la parte resolutive del fallo acusado el error de hecho que arriba se anotó, por lo cual se mantendrá la decisión acusada, si bien la rectificación de tal error permite no hacer condena en costas.

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 recurrida.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



BENEFICIARIOS DEL SEGURO DE VIDA.— CUANDO ESTA OBLIGADA LA EMPRESA A PAGARLO.— SUPUESTO ERROR DE DERECHO EN LA CASACION DEL TRABAJO.

1.— *El art. 295 del C.S. del T. dispone que si durante el término del aviso o emplazamiento que debe efectuar la empresa para hacer el pago se suscitaren controversias acerca del derecho de los reclamantes, promovidas por personas que demuestren ser beneficiarias del seguro, la empresa solo estará obligada a pagarlo cuando se le presente copia debidamente autenticada de la sentencia judicial definitiva que haya decidido a quién corresponde su valor.*

2.— *El art. 87 del Código de Procedimiento del Trabajo expresa terminantemente que "solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se haya establecido por un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se puede admitir su prueba por otro medio".*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía.— Auxiliar de Casación Laboral.—)

Ante el Juzgado primero del Trabajo de Cartagena, por medio de apoderado, los señores Carlos Julio Aguilera Patermina, Iluminada Patermina P. y Paulina Aguilera de Mahecha, presentaron demanda contra la empresa denominada Remolcadores Riomar Ltda. para que se le condenase al pago de la suma de doce mil pesos (\$12.000.00) M/L por concepto de seguro de vida del extinto Carlos Aguilera Villalobos.

Como hechos de la demanda adujo el reclamante los siguientes: Que el señor Aguilera Villalobos trabajó al servicio de la empresa desde el 2 de enero hasta el 13 de octubre de 1956, día de su fallecimiento; que el sueldo que Patermina, Aguilera Villalobos fué de quinientos pesos mensuales; que Carlos Julio Aguilera Patermina, Paulina Aguilera de Mahecha y Ruth Aguilera Patermina, a quien

representa su madre natural Iluminada Patermina, son hijos naturales del finado Carlos Aguilera Villalobos, y, por tanto, únicos beneficiarios de dicho seguro de vida; que oportunamente fué reclamado su pago sin obtenerlo porque se presentaron otras personas a reclamarlo, diciéndose también beneficiarios.

La empresa demandada se abstuvo de cancelar el seguro en vista de la situación conflictiva entre los pretendidos beneficiarios, y con apoyo en el art. 295 del C.S. del Trabajo, expresó que esperaba a que se le presentara la copia de la sentencia definitiva que definiera a quién o quiénes deba hacer el pago. Su apoderado, al contestar el libelo, interpuso la excepción de inepta demanda, alegando que la controversia suscitada no es entre la empresa demandada y quienes se consideran beneficiarios, por haber surgido otro grupo de beneficiarios que también se dicen hijos naturales del finado Aguilera; tales son Gloria, Uriel, Jorge y Alicia Aguilera Villalobos.

Tramitado el juicio, y habiéndose declarado por el Juzgado que la excepción propuesta no tenía apoyo legal, se dictó la respectiva sentencia en la cual se declaró como únicos beneficiarios del seguro de vida del señor Carlos Aguilera Villalobos a los señores Carlos Aguilera Patermina, Ruth María Aguilera Patermina, y Paulina Aguilera de Mahecha, y se condenó a la empresa demandada a pagarles su valor, doce mil pesos (\$12.000.00).

Apelada esta providencia por la empresa para ante el Tribunal Superior de Cartagena, esta entidad la confirmó y contra su decisión se interpuso el recurso de casación que va a decidirse.

LA IMPUGNACION

Después de hacer una relación de los antecedentes del juicio, el recurrente concreta

su acusación expresando que la sentencia del Tribunal es violatoria del Art. 295 del C.S. del Trabajo por interpretación errónea, y al mismo tiempo del Art. 294 por error en la apreciación de las pruebas. Al efecto señala los testimonios de Libardo Iriarte y Alfonso Moreno Blanco como equivocadamente apreciados, pues con ellos no se acredita que los hijos naturales señalados como UNICOS BENEFICIARIOS de Aguilera Villalobos sean Carlos Julio Aguilera Patermina, Ruth Aguilera Paterminay Paulina Aguilera de Mahecha.

Son pues dos los cargos que se formulan contra la sentencia recurrida.

Primer Cargo.— Se acusa la sentencia por errónea interpretación del Art. 295 del C.S. del T. al condenar a la empresa demandada al pago de una obligación que no se negó a cumplir, sino que había aplazado hasta que se le presente copia de la sentencia judicial que decida quiénes son los beneficiarios del seguro, por existir una controversia entre ellos y no con la empresa. Se dice que en este caso el Tribunal incurrió en violación del mencionado artículo al estimarlo improcedente.

La aludida norma dispone que si durante el término del aviso o emplazamiento que debe efectuar la empresa para hacer el pago se suscitaren controversias acerca del derecho de los reclamantes, promovidas por personas que demuestren ser beneficiarias del seguro, la empresa sólo estará obligada a pagarlo cuando se le presente copia debidamente autenticada de la sentencia judicial definitiva que haya decidido a quién corresponde su valor.

En el presente caso no se ha demostrado la existencia de una controversia judicial entre los que se pretenden beneficiarios del seguro. La sentencia ni siquiera menciona a los que se presentaron en segundo término a reclamar de la empresa, estimando que los que iniciaron el litigio contra ésta son los únicos beneficiarios. La disposición que se dice violada es perfectamente clara y no ha sido mal interpretada. Lo que ocurre es que la acusación ha debido formularse por error de hecho en la apreciación de pruebas que demostraran la existencia de una controversia judicial, caso en el cual la empresa sí podría abstenerse de hacer el pago del seguro mientras no se le presentara la copia de la

sentencia respectiva. Pero el litigio se ha desarrollado entre la empresa y los primeros que se dijeron beneficiarios del seguro, y ha girado la discusión alrededor de una excepción de inepta demanda y de nulidad del juicio. El cargo así formulado no puede prosperar.

Segundo Cargo.— Se acusa la sentencia por violación del numeral 2o. del Art. 294 del C.S.T., por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial exigida por tal disposición para establecer la calidad de únicos beneficiarios del seguro.

El citado numeral se refiere a beneficiarios designados libremente por el asegurado, de acuerdo con el Art. 299 del Código, para establecer la inexistencia de beneficiarios forzosos, y la prueba de testigos que allí se exige tampoco puede configurar un error de derecho puesto que el Art. 87 del Código de Procedimiento del Trabajo expresa terminantemente que "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se puede admitir su prueba por otro medio".

Como se ve, el precepto invocado por el recurrente como violado por el sentenciador no tiene ninguna aplicación al caso que se viene estudiando, pues, como se ha dicho, no se trata de beneficiarios designados libremente por el asegurado. Por lo tanto tampoco prospera el cargo.

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.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

DERECHOS CIERTOS E INDISCUTIBLES DEL TRABAJADOR RESPECTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES

Trabajador demandante contratado por simple intermediario del patrono beneficiario de la obra ejecutada.— Responsabilidad solidaria de obligaciones emanadas del vínculo laboral.— Técnica del recurso de casación.— Supuestos errores de hecho y de derecho.— Adquisición del dominio de inmueble por el modo de la accesión que consagra el Código Civil.— Perjuicios indemnizatorios por mora.— Desde cuándo empieza a correr la sanción prevista en el art. 65 del C. S. del T.— Pago de las condenas por concepto de prestaciones.—

1.— *Reiteradamente ha expresado la jurisprudencia de la Corte, con apoyo en la doctrina y en la propia ley del recurso, que no puede involucrarse dentro de un mismo cargo y con relación a unas mismas pruebas la imputación de haber incurrido el sentenciador en errores de derecho y en errores de hecho, pues distinta es la conformación del uno y del otro vicio y por tanto diverso el razonamiento requerido para demostrar cada una de las clases de error.*

2.— *Por el modo de la accesión que consagra el Código Civil, el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, sin necesidad de escritura pública registrada, ya provenga la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero. El dueño incorpora en su patrimonio lo que por accesión se agrega al bien de que ya es propietario, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice y se cumpla tradición alguna, pues el dominio de lo que accede se adquiere por el modo de la accesión.*

3.— *La Sala observa que resulta equivocado el criterio del Tribunal en cuanto afirma que "sólo habrá lugar a esta sanción desde la debida notificación de la demanda", porque ello no es lo que dispone el art. 65 del C.S.T. En efecto, de acuerdo con lo establecido en este precepto, en su inciso 1o., si el Juez considera que debe darse aplicación a la sanción allí prevista, la indemnización moratoria empieza a correr desde el día de la terminación del contrato, y no desde la notificación de la demanda, como erróneamente se afirma en la sentencia.*

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Pedro Pablo Galeano Henao, por medio de apoderado, demandó a la "Compañía Agrícola Santa Ana de Urabá Ltda", representada por el señor J. Antonio Robles C., para que se la condenase a pagarle la suma de \$5.130.00 o cuanto más se probare, por concepto de salarios, gastos de regreso, prima de servicios, cesantía, indemnización por ruptura del contrato y por mora en el pago de las prestaciones sociales y por las costas del juicio.

Al relacionar los hechos de la demanda dijo que trabajó en la Hacienda Santa Ana de Urabá, Municipio de Turbo, bajo la continua dependencia de la empresa demandada, como carpintero desde el 1o. de febrero hasta el 26 de marzo y desde el 12 de abril hasta el 19 de mayo de 1958, con una remuneración de \$20.00 diarios en el primer período y de \$25.00 diarios en el último. Que fué despedido extemporáneamente y sin justa causa. Que se le quedó debiendo la suma de \$365.00 por concepto de salarios. Que fué contratado en Medellín, su domicilio habitual, y se le trasladó luego a Urabá por cuenta de la empresa, pero que al tiempo del desempleo no se le suministró el valor de los viáticos para regresar a su domicilio, ni se le ha pagado el valor de las prestaciones e indemnizaciones que demanda.

El señor José Antonio Robles C., Gerente y representante legal de la Compañía, mediante escrito coadyuvado por apoderado constituido al efecto, dio respuesta a la demanda oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas por el actor. A los hechos, dijo no constarle algunos, y respecto

de los otros no ser ciertos como aparecen redactados. Que en los registros de la empresa no existe constancia de que el demandante le hubiese prestado servicios a la misma. Que Robles, como Gerente de la Sociedad, construyó por su cuenta y riesgo en la Hacienda Santa Ana de Urabá una casa destinada para veranear con su familia, es decir, sin relación directa ni indirecta con el objetivo de la sociedad y sin que dicha obra tuviera como fin beneficio para la demandada. Que para tal efecto, el Gerente en su propio nombre contrató la construcción de la casa de campo a un precio fijo, con Oscar Alvarez, contrato que éste realizó con plena autonomía técnica y directiva, con sus propios trabajadores, pues se trataba de un empresario de construcción, ya que éste es el género normal de sus actividades. Agregó que para los efectos del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo procedía a verificar una consignación por la cantidad de \$400.00, hasta tanto la justicia decida la litis.

Propuso las excepciones que denominó de inepta demanda, "por dirigirse ésta contra persona distinta de la que debe responder sobre la cosa o hecho que se demanda", ilegitimidad sustantiva de personería en la parte demandada; carencia de acción y de derecho; inexistencia de la obligación, e ineptitud sustantiva de la demanda.

Tramitada la litis la decidió el Juez Tercero del Trabajo de Medellín, que fué el del conocimiento, por sentencia en que declara configurada "la excepción de inepta demanda".

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra el fallo del Juzgado. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en su Sala Laboral, decidió el recurso por medio de sentencia en que revoca la de primer grado y dispone:

"PRIMERO: CONDENASE a la sociedad denominada, "COMPAÑIA AGRICOLA SANTA ANA DE URABA, LTDA." a pagar a favor del demandante, señor PEDRO PABLO GALEANO HENAO, la cantidad total de DOS MIL SETECIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS (\$2.717.00) distribuidos así: mil ochocientos veinticinco pesos (\$1.825.00) como indemnización o lucro cesante, por rompimiento unilateral del contrato de trabajo en su duración presuntiva; trescientos sesenta y cinco pesos (\$365.00) por salarios debidos o insolutos; cincuenta y

dos pesos (\$52.00) por gastos de viaje de regreso; ciento ochenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$187.50) por cesantía; y ciento ochenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$187.50) por primas de servicio; y cien pesos (\$100.00) por costas, como agencias en derecho.

"SEGUNDO: ABSUELVESE a la empresa demandada, del cargo sobre pago de indemnización por mora en la cancelación de las prestaciones sociales, formulado por el actor del libelo demandatorio.

"TERCERO: DECLARASE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada".

Los apoderados de ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fué concedido. Admitido y tramitado debidamente, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta las correspondientes demandas y el escrito de réplica presentado por el apoderado de la empresa.

Por razones de orden lógico se estudia primero el recurso de la parte demandada.

LA DEMANDA DE LA EMPRESA

Alcance de la impugnación.

Persigue la casación total de la sentencia recurrida, la que debe reemplazarse por una que absuelva a la sociedad de todos los cargos de la demanda.

Con apoyo en la causal primera del art. 87 del Código de Procedimiento Laboral formula cinco cargos. Como el segundo, tercero y cuartos cargos acusan violaciones directas de la ley por un mismo concepto, se examinarán conjuntamente.

Primer Cargo.— Acusa la sentencia de violar, por aplicación indebida, y como consecuencia de errónea apreciación de las pruebas que indica, los arts. 22, 27, 34, 36, 47, 57 ordinales 4o. y 8o., 64, 195, 249, 306, y 310 del CST. Expresa que la errónea apreciación de las pruebas que llevaron al Tribunal a "cometer los errores de hecho y de derecho" que aparecen de manifiesto en los autos.

Como pruebas erróneamente apreciadas señala el haz probatorio obrante en el juicio, a saber: el poder conferido por el demandante, los escritos de demanda y de contestación, la constancia de consignación y de recibo del Título de depósito número 59038; documento originario de Avianca respecto al

valor de un pasaje; Acta de la audiencia de conciliación ante el Juez del Circuito de Turbo; declaraciones de Manuel Morales, Alonso Mena, Carmelo Torres, Juan Gómez, Carlos Bravo, Octavio Uribe y Oscar Alvarez; diligencia de posiciones absueltas por el Gerente de la sociedad demandada, y certificación de la Cámara de Comercio de Medellín.

En desarrollo del cargo dice que el Tribunal dió por establecidos los siguientes hechos: Primero, el derecho de dominio de la demandada sobre la casa en que trabajó el demandante, el dominio sobre los terrenos en donde se levanta la edificación y el de toda la finca Santa Ana de Urabá.

Segundo. El parentesco entre los socios que constituyen la sociedad demandada.

En relación con el primero, expresa que según los arts. 1760, 2577, 2637, 2652 ordinal primero del C.C., 630 del C.J. y 51 del C.P.T., el único medio probatorio idóneo para demostrar la propiedad sobre bienes inmuebles es la copia de la escritura pública debidamente registrada, por ser este el documento exigido por la ley para la validez de todo acto que modifique o altere el dominio sobre bienes raíces. Que no apareciendo esta prueba el Tribunal incurrió en error de derecho, puesto que no está acreditado el dominio de la Sociedad ni sobre la casa construida, ni sobre el terreno ocupado por la edificación, ni sobre la mayor extensión de ese predio. De esta manera, desaparecen las razones del Tribunal para considerar a la demandada como beneficiaria de la obra.

Que en igual error de derecho incurrió el Tribunal al afirmar el parentesco de las personas que integran la sociedad demandada, en cuanto parece llegar a la conclusión de que "se trata de una comunidad de tipo familiar", con apoyo en las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad, siendo así que la prueba de confesión no es medio idóneo para establecer el estado civil de las personas. Dice que mediante este error de derecho el sentenciador incurrió en la violación de medio de los arts. 346, 347 del C.C., 22 de la Ley 57 de 1887, 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, arts. 605 del C.J. y 51 del C.P.T. Agrega que, subsidiariamente, propone el mismo error como de hecho, ya que el parentesco no aparece demostrado.

Que de lo expresado antes debe concluirse

"que no se han dado los elementos que el Tribunal supuso probados, para aplicar la solidaridad de que trata el art. 34 del C.S. del T.: ser dueña de la obra o base industrial". Que esta afirmación es conclusión necesaria de la hecha antes por el Tribunal sobre dominio. Que las únicas pruebas sobre el particular son las declaraciones de los testigos Banguera, Mena Recuero, Carmelo Torres, Mejía y Juan Gómez, pero que en su concepto de esos testimonios no puede concluirse "la condición de beneficiaria de la obra que se pretende para la sociedad demandada".

Agrega que el Tribunal invoca también la solidaridad establecida por el art. 36 del C.S.T., pero que en su razonamiento parte de un hecho erróneo como es el dar por demostrada "la celebración del contrato entre el demandante y la sociedad demandada", lo cual no aparece probado en el expediente. Que la prueba erróneamente apreciada "es toda la individualizada como constitutiva del haz probatorio en este mismo cargo". Que si la afirmación errónea del Tribunal se pretende apoyar en indicios alega "el error de derecho cometido al estimar probado el dominio, para quitar base a los indicios en cuya estimación es el Tribunal, soberano".

Termina el cargo manifestando que si prospera la acusación, desaparecería la solidaridad que establecen los arts. 34 y 36 del C.S.T., que sirvió de fundamento al Tribunal para condenar a la sociedad demandada.

Cargos: Segundo, Tercero y Cuarto.— En los tres cargos mencionados el recurrente señala como violados por el Tribunal, por infracción directa, los arts. 22, 27, 47, 57 ordinales 4o y 8o, 64, 195, 249, 306, 310, del C.S.T. Además, en el segundo indica como violado el art. 34 del mismo estatuto, en el tercero el art. 36, y en el cuarto incluye también estas dos normas.

Al desarrollarlos expresa que el art. 34 del C.S.T. tiene como finalidad específica proteger al trabajador de la insolvencia del contratista independiente, y que así lo entendió el sentenciador. Sin embargo, el Tribunal no dice que J. Antonio Robles E. "sea o haya sido contratista de la sociedad Agrícola Santa Ana de Urabá". Tampoco puede afirmarse que la sentencia considere como contratista a Oscar Alvarez, pues la posición de éste está definida como simple intermediario. Agrega que si se considerase a

Alvarez como contratista, la condena no podía producirse contra la Sociedad porque en el expediente aparece demostrado y el Tribunal lo admite, que la relación de Alvarez existió con J. Antonio Robles y que para invocar la solidaridad contra la sociedad era necesario que el Tribunal hubiese estimado que J. Antonio Robles era contratista de la misma.

En el tercer cargo manifiesta que el art. 36 del C.S.T., presupone la existencia de un contrato "entre la sociedad y un contratante". Que el Tribunal aplicó esta norma a un caso en que "no había contrato de trabajo firmado entre la sociedad y el demandante, sino entre el demandante y uno de los socios de la sociedad". Que si hubiese existido tal contrato, el sentenciador no habría tenido que recurrir a la figura de la solidaridad para pronunciar la condena contra la demandada.

En el cuarto cargo el recurrente dice que como demostración del mismo propone "sucesivamente y en su orden" las razones aducidas para sustentar los dos cargos anteriores.

Quinto Cargo.— Acusa violación de los arts. 22, 27, 34, 36, 47, 57 ordinal 4o y 8o. 64, 195, 249, 306 y 310 del C.S.T., por interpretación errónea, principalmente de los arts. 34, y 36 al concluir el Tribunal que "había solidaridad entre J. Antonio Robles, quien celebró un contrato de trabajo con el demandante, y la sociedad Agrícola Santa Ana de Urabá Ltda., de la que aquél es socio".

Dice al sustentarlo que el art. 34 del C.S.T. no consagra una solidaridad general a cargo del beneficiario de un trabajo o dueño de una obra o base industrial, como lo entendió el Tribunal. Que es necesario que previamente se haya dado la figura, dentro de la misma relación laboral, del contratista independiente. Que para el Tribunal, Robles no es un contratista independiente y sin embargo consideró aplicable la solidaridad de que trata la norma citada.

Que el art. 36 también establece solidaridad entre los socios de las sociedades de personas para con la sociedad, por contratos de trabajo y obligaciones de él derivadas. Pero que es necesario que exista contrato de trabajo con la sociedad. Que en el caso de autos "no existía tal contrato de trabajo, como el mismo Tribunal lo acepta, circunstancia que le impedía condenar a la sociedad. Pero que

entendió la solidaridad recíproca, es decir, que la sociedad responde por los contratos que a su propio nombre celebren los socios. Que entendidos rectamente los arts. 34 y 36 del C.S.T., no son aplicables al caso de autos, por lo que desaparece la solidaridad que es el fundamento de la condena contenida en la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA:

El Tribunal después de verificar el examen de las pruebas aportadas al proceso, expresó lo siguiente:

"Ante todo conviene aclarar de una vez la situación del señor Oscar Alvarez a quien la parte demandada trata de ubicar dentro del art. 34 del C.S. del T., es decir, como contratista independiente, en tanto que el demandante lo sitúa dentro del art. 32 de la misma obra, como empleado que representa al patrono por ejercer funciones de dirección o administración o ejercitar actos de representación, como encargado de la ejecución de la obra, y a lo sumo, como simple intermediario y en el supuesto de que se le considere empresario particular, también la compañía está obligada a responder solidariamente, porque se benefició de la obra o trabajo.— La Sala comparte las apreciaciones hechas a este respecto por el señor Juez a—quo en el sentido de que el señor Oscar Alvarez no era sino un simple intermediario que contrató los servicios de otras personas para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva del patrono, de acuerdo con lo prevenido por el art. 35 del Estatuto Laboral.— Basta saber que el representante legal de la empresa demandada, al absolver las posiciones, confiesa que durante un mes, al principio, le pagaba diario \$105.00 y posteriormente y para la terminación de la construcción le contrató por \$20.000.00.— A su vez, el señor Oscar Alvarez en la declaración rendida ante el Juzgado del conocimiento, manifiesta que contrató por \$20.000.00 la construcción de la casa de campo para veranear el señor Robles con su familia, encargándose de buscar trabajadores y pagándolos con el dinero que le iban dando a cuenta del contrato, y que el señor Robles ponía los materiales ya que él solamente suministraba las herramientas.

El sentenciador hace luego un análisis de las características que concurren a configurar al contratista independiente, como una cuestión

meramente ilustrativa y sin que acepte en parte alguna que en el caso de autos se dé esta figura jurídica, pues, por el contrario, lo que deja establecido en el fallo en forma clara y precisa, sin lugar a dudas, es que el demandante Pedro Pablo Galeano fué contratado por Oscar Alvarez como simple intermediario para prestar sus servicios en favor de la empresa demandada a la cual atribuye la calidad de patrono del trabajador.

Después de examinar lo atinente al tiempo servido y al salario devengado por el demandante y de fijar su situación como trabajador de la construcción para efectos de la cesantía y vacaciones, el Tribunal entra a refutar las razones aducidas por el Juez de primer grado para fundar su decisión de dar por demostrada la excepción perentoria de inepta demanda alegada por la parte demandada. Dijo al respecto, lo siguiente:

“El señor Juez de primera instancia ha sufrido un grave error de interpretación jurídica al declarar probada la excepción de inepta demanda, por creer que la acción se dirigió contra persona diversa de la obligada.— Si se observa detenidamente el certificado de la Cámara de Comercio se verá que la sociedad demandada está integrada, como socios por toda una familia los Robles y Echavarría, a excepción de Javier Rivera que como lo dice al absolver las posiciones el gerente de aquella es un empleado de mucha confianza de la misma.— Casi que podría decirse que se trata de una comunidad familiar, donde el pater-familias, como se expresaba en el derecho romano, es quien dirige y administra todo, disponiendo como a bien tenga de los diferentes bienes y productos u ordenando lo que debe hacerse en beneficio de la institución.

“En estas condiciones la dueña de la obra construída es la Sociedad porque a ciencia y paciencia de sus socios se ocupó los terrenos de su propiedad, según lo estatuído por el C. Civil.— Es la compañía, la que ha recibido el beneficio y sólo un contrato debidamente celebrado entre el gerente y los demás socios podría constituir al primero en responsable directo ante terceros, siempre que en los actos llevados a cabo con éstos, indique en todos ellos esa calidad con que obra, pues de lo contrario la compañía también es responsable solidariamente.

“Precisamente, como el derecho del trabajo es de orden público, amparado directamente por la Constitución Nacional y que tiende a proteger al Trabajador de todos aquellos riesgos que pueden hacer nugatoria sus labores, es por lo que en la última parte del art. 34 del Estatuto Laboral se dispuso esa solidaridad para el beneficiario de la obra, o dueño de la base industrial, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio.— Aquí sólo sabemos que la sociedad es comercial de responsabilidad limitada, agrícola, pero ignoramos cual sea el verdadero objeto social, por no haberse aportado a los autos la cláusula correspondiente.— Pero si esto fuera poco el art. 36 del C.S. del T. hace responsables solidariamente a la sociedad y a los socios de todas las obligaciones que emanan del vínculo laboral.—

“De lo dicho, se deduce que no es procedente la configuración de la excepción de inepta demanda, sino que la acción estuvo bien dirigida y entonces el juicio ha de decidirse de fondo”.

En relación con el primer cargo, observa la Sala que su formulación no se ajusta a las exigencias de la técnica del recurso, pues en él se acusa la violación de unas mismas normas como consecuencia de errores de derecho que se achacan al sentenciador y al propio tiempo con base en la misma argumentación, aunque en forma subsidiaria, se expresa que esos errores fueron de hecho. Reiteradamente ha expresado la jurisprudencia de la Corte, con apoyo en la doctrina y en la propia ley del recurso, que no puede involucrarse dentro de un mismo cargo y con relación a unas mismas pruebas la imputación de haber incurrido el sentenciador en errores de derecho y en errores de hecho, pues distinta es la conformación de uno y de otro vicio y por tanto diverso el razonamiento requerido para demostrar cada una de las clases de error. No obstante la deficiencia anotada, la Sala procede a examinar el cargo.

Antes se vió que el recurrente atribuye al sentenciador dos errores de derecho, a saber: el haber dado por establecida la propiedad de un inmueble sin estar acreditada por el único medio legal admisible, o sea, mediante escritura pública debidamente registrada; y dar por demostrado un estado civil necesario para probar relaciones de parentesco, sin aparecer en el proceso las correspondientes

partidas del registro civil que lo acreditan:

CONSIDERA LA SALA:

No es acertado el planteamiento que hace el recurrente para deducir los supuestos errores que menciona en el cargo, por las siguientes razones: En el presente juicio no se está discutiendo el dominio de bienes raíces ni tampoco se controvierte el estado civil de las personas. Es evidente que el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles se acredita en juicio mediante la copia de la respectiva escritura pública en que se haya hecho constar la adquisición del mismo, a cualquier título, instrumento público que debe acompañarse de la constancia de haber sido registrado en la oficina de instrumentos públicos y privados que corresponda, para que se efectúe su tradición. Es también cierto que la prueba principal establecida por el legislador para demostrar el estado civil de las personas, es el acta del registro expedida por el funcionario a quien la ley ha encomendado esta función. Pero, se repite, ninguna de esas situaciones se discute ni controvierte en el caso de autos.

En efecto, lo que se demanda es el pago de prestaciones, derechos e indemnizaciones derivadas de un contrato de trabajo que se afirma existió entre las partes contendientes, y lo que se ha discutido en el juicio es si la sociedad demandada tiene o nó el carácter de patrono del trabajador demandante. Esta cuestión de hecho la dedujo el Tribunal de manera indirecta, determinando previamente quién era el beneficiario de la obra en la cual prestó sus servicios el trabajador. Es hecho establecido y ya no se discute en casación, que el demandante fue contratado para prestar sus servicios, no directamente por el patrono sino por medio de un intermediario de éste, que lo fué el señor Oscar Alvarez. Aceptada esta situación, el sentenciador con apoyo en las pruebas aportadas al juicio, mediante un proceso lógico jurídico, determinó que el patrono del demandante lo era el beneficiario de la obra ejecutada, con fundamento y aplicación de lo preceptuado en el numeral 1o. del art. 35 del C.S.T.. Ahora bien: para precisar o establecer quién era el beneficiario del patrono fué que el Tribunal se apoyó en la confesión del Gerente J. Antonio Robles hecha en posiciones al aceptar que la sociedad por él representada y de la cual es

socio junto con otros miembros de su familia, es la propietaria de la finca denominada Santa Ana de Urabá, dentro de cuyos terrenos se construyó la edificación en que el demandante prestó sus servicios como carpintero. Así las cosas, y aceptado ese hecho por el representante de la empresa, el Tribunal pudo deducir que el dueño del suelo lo era también de la construcción o edificación allí levantada por haber adquirido su dominio por el modo de la accesión que consagra el Código Civil. En efecto, conforme a las normas civiles que se invocan en el fallo, el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, sin necesidad de escritura pública registrada, ya provenga la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero. El dueño incorpora en su patrimonio lo que por accesión se agrega al bien de que ya es propietario, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice y se cumpla tradición alguna, pues el dominio de lo que accede se adquiere por el modo de la accesión. Este aspecto de la sentencia, básico en la decisión adoptada por el Tribunal, permanece firme pues no es materia de ataque por el recurrente, lo cual constituye un obstáculo para que pueda quebrantarse el fallo impugnado.

Diferente situación se presentaría si el Gerente Robles no hubiese aceptado que la Sociedad era propietaria de la finca denominada Santa Ana de Urabá, pues, en ese supuesto, no habría sido posible al Tribunal determinar o definir quién tenía la calidad de patrono y beneficiario de la obra ejecutada, sin que previamente se hubiese establecido por los medios legales el dominio de ese inmueble. Pero, se repite, esta no es la situación que se confronta en el caso de autos.

La alusión que el sentenciador hace en el fallo respecto del parentesco que parece existir entre los socios que integran la sociedad demandada, cuando expresa que "casi que podría decirse que se trata de una comunidad familiar" conlleva apenas un comentario incidental que no puede tener el alcance ni producir los efectos que le atribuye el recurrente, pues lo fundamental de esa parte de la sentencia se contiene en la afirmación de que la existencia y la representación de la Sociedad demandada aparecen debidamente acreditadas con la certificación expedida por la Cámara de

Comercio de Medellín, que obra al folio 32 del expediente, sin que pueda verse en la referida frase el propósito del Tribunal de dar por acreditado parentesco alguno, ni menos el estado civil de quienes figuran como socios de la mencionada Compañía.

Antes se vió cual es la tesis fundamental que se contiene en el fallo y cuál su verdadero sentido y alcance. No puede tomarse un sólo párrafo de la sentencia como el determinante de ella, sino que es necesario analizarla en conjunto para inquirir el fundamento jurídico de la misma. De igual manera, es requisito indispensable en el recurso que se examina, que la impugnación enfoque la finalidad del pensamiento del juzgador mediante el análisis del fallo en su conjunto y no solamente a través de párrafos aislados, como ocurre en el presente caso, pues la acusación debe producir el efecto práctico de desquiciar todos los fundamentos o bases del mismo para que pueda producir el resultado de quebrantar la sentencia que se impugna.

De lo dicho no resultan configurados los errores que se mencionan en el primer cargo, ni la consiguiente violación de las normas legales que se citan, por el concepto que allí se expresa.

Para el rechazo de los cargos segundo, tercero y cuarto, basta considerar que la sentencia tiene su fundamento legal en el art. 35 del C.S.T., norma que ninguno de ellos menciona como infringida. En efecto, el sentenciador estima directamente responsable a la empresa demandada, al considerarla como patrono del demandante por ser la beneficiaria de los trabajos que éste ejecutó en la finca de su propiedad. Por tanto, en el caso de autos el Tribunal no aplicó el art. 34 del C.S.T., que el recurrente considera indebidamente aplicado; por el contrario, claramente dejó establecido que en el juicio no se tipifica la figura del contratista independiente, pues encontró probado el hecho de que Oscar Alvarez, quien contrató los servicios del demandante, fué un simple intermediario de la Sociedad demandada. Tampoco produjo la condena como consecuencia de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 36 del C.S.T., pues no dió por demostrada la hipótesis legal que allí se contempla. La referencia que hace de esta norma se dirige simplemente a reiterar el principio de la solidaridad legal que establece el precepto, pero sin darle aplicación para la

solución del presente negocio, y sin que la cita del mismo tenga incidencia alguna en la parte resolutoria de la sentencia.

Los referidos cargos no prosperan.

El quinto cargo lo formula por violación directa, a causa de interpretación errónea de las normas que allí se indican, principalmente de los arts. 34 y 36 del C.S.T. Al estudiar los cargos anteriores la Sala dejó claramente establecido que el Tribunal para proferir su decisión de condena se apoya en lo previsto por el art. 35 del C.S.T. y no en lo dispuesto por los artículos 34 y 36 de la misma obra. No es fundamento de la sentencia que el Tribunal haya considerado a la demandada como obligada solidariamente a responder por los derechos y prestaciones reclamados por el demandante, como lo afirma el recurrente en el cargo que se examina. El Tribunal considera a la Empresa como la parte patronal que está obligada a satisfacer directamente al trabajador las prestaciones sociales que se derivan del contrato de trabajo. Por lo demás, el recurrente no indica concretamente la parte de la sentencia, de la cual pueda aparecer el equivocado entendimiento del Tribunal respecto de las normas que el cargo indica como infringidas. Se rechaza el cargo.

LA DEMANDA DEL TRABAJADOR

Alcance de la impugnación.

Pide la casación de la sentencia recurrida para que se modifique el fallo del Tribunal y "se restablezca al demandante el derecho que le fué desconocido".

Con apoyo en la causal primera del art. 87 del C.P.L., formula cinco cargos. Los dos primeros por violación indirecta del art. 65 del C.S.T. en relación con los artículos 22 y 23, y 32 y 33, respectivamente, de la misma obra y como consecuencia de errores de hecho en la apreciación probatoria. En el tercero y cuarto cargo acusa violación directa del artículo 65 del C.S.T., por interpretación errónea de la misma disposición. En el quinto, acusa la sentencia de violación directa del mismo artículo 65 del C.S.T., "por no haber sido aplicado, debiendo aplicarse".

Los cinco cargos persiguen el quebranto de la sentencia para que se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria que consagra el art. 65 del C.S.T. La Corte estima viable el quinto cargo, y por ello limitará a éste el examen de la acusación.

Dice el recurrente que la conducta del patrono estuvo en pugna con lo preceptuado en el inciso primero del art. 65 del C.S.T., porque no pagó lo debido ni lo consignó, siendo que estaba obligado a ejecutar una cosa u otra "a la terminación del contrato". Que el principio consagrado en la citada norma es que el patrono debe pagar al trabajador sus prestaciones y salarios el día de la terminación del contrato; si no hay acuerdo o el trabajador no quiere recibir, deberá hacer la consignación de lo debido ante la autoridad competente. Agrega además, que la consignación tardía hecha por la parte demandada resulta insuficiente en relación con lo debido, por lo que estima que los perjuicios moratorios deben comprender todo el tiempo que corra desde la terminación del contrato hasta que se verifique el pago total, sin tener en cuenta la insuficiente consignación realizada por el patrono.

SE CONSIDERA

En relación con el extremo de la demanda en que se pide la condena de perjuicios indemnizatorios por mora, el Tribunal expresó lo siguiente:

"Respecto de la indemnización por mora, dadas las modalidades especiales del contrato de trabajo, los lugares de la prestación del servicio, y el hecho de que el trabajador acudió a conciliar con el intermediario y no con el patrono directamente, no obstante el despido injustificado, sólo habría lugar a esta sanción desde la debida notificación de la demanda, pero como la empresa demandada consignó al dar contestación al libelo demandatorio la suma de \$400.00 lo que es suficiente para garantizar las prestaciones ciertas e indiscutibles en una proporción equilibrada, se absolverá en este punto".

En primer término, observa la Sala que resulta equivocado el criterio del Tribunal en cuanto afirma que "solo habría lugar a esta sanción desde la debida notificación de la demanda", porque ello no es lo que dispone el art. 65 del C.S.T. En efecto, de acuerdo con lo establecido con este precepto, en su inciso primero, si el Juez considera que debe darse aplicación a la sanción allí prevista, la indemnización moratoria empieza a correr desde el día de la terminación del contrato, y no desde la notificación de la demanda como erróneamente se afirma en la sentencia.

Sin embargo, el fundamento principal aducido por el Tribunal para no condenar a la sociedad demandada al pago de la indemnización por mora es el de estimar que ésta consignó la suma de cuatrocientos pesos "al dar contestación al libelo demandatorio", consignación que por razón de su cuantía considera suficiente para garantizar las prestaciones ciertas e indiscutibles del trabajador. Resulta claramente establecida la violación directa de la norma invocada por el recurrente, en cuanto el sentenciador dejó de aplicarla para el período de mora anterior a la consignación, ya que solo a partir de la fecha en que ésta se verificó fué que pudo producir el efecto liberatorio de la sanción. El cargo prospera y se casará la sentencia en este punto.

FALLO DE INSTANCIA

A las consideraciones que se dejan consignadas al examinar el cargo que prospera, la Sala agrega las siguientes:

El contrato de trabajo terminó el 19 de mayo de 1958. La parte demandada consignó la suma de \$400.00 el 29 de octubre del mismo año (f. 9 vto.). Es decir, entre la fecha de la terminación del contrato y la del día en que se verificó la consignación transcurrieron cinco meses, nueve días, tiempo dentro del cual la sociedad demandada estuvo en mora de cumplir las obligaciones emanadas del contrato de trabajo y a que se refiere el artículo 65 del C.S.T. El último salario devengado por el trabajador fué de \$25.00 diarios. La condena que haya de producirse por concepto de la indemnización moratoria debe limitarse al tiempo antes indicado, pues la Sala considera que lo consignado por el patrono guarda relación aceptable con lo efectivamente debido por concepto de salarios y prestaciones.

En efecto, de los derechos reclamados por el trabajador, el Tribunal encontró demostrados en el juicio y produjo las condenas respectivas, así: por salarios insolutos \$365.00, por gastos de viaje de regreso del trabajador a su domicilio \$52.00; por cesantía \$187.50 y por prima de servicios \$187.50. Además, lo correspondiente a la indemnización por ruptura ilegal del contrato (lucro cesante), y \$100.00 por costas del juicio. Como se aprecia, el valor de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador

respecto de salarios y prestaciones que el Tribunal encontró probados, asciende a la suma de \$792.00. La condena por lucro cesante tiene carácter de INDEMNIZACION y la de \$100.00 se refiere a costas. Estos últimos valores no pueden tenerse en cuenta para los efectos de la sanción prevista en el artículo 65 del CST. Por tanto, debe dársele poder liberatorio a la consignación hecha por la parte demandada, a partir del día en que se efectuó. Hechas las operaciones aritméticas resulta que el monto de la indemnización arroja un total de \$3.975.00.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en cuanto por el punto segundo absuelve a la Empresa demandada del pago de la indemnización por mora y, en su lugar, constituida en Tribunal de Instancia, condena a la Sociedad "Compañía Agrícola Santa Ana

de Urabá Limitada" a pagar al demandante Pedro Pablo Galeano Henao la suma de \$3.975.00 (tres mil novecientos setenta y cinco pesos) como indemnización de perjuicios moratorios en el período comprendido entre el 19 de mayo y el 29 de octubre de 1958.

La suma de \$400.00 consignada por la parte demandada mediante título No. 59038 (f. 9 vto.), deberá ser entregada por el Juzgado al demandante, si antes no lo ha sido, con imputación al pago de las condenas por concepto de prestaciones. No la casa en lo demás.

Se condena en costas a la parte demandada recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., Secretario.



SERVICIOS MEDICOS, FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS.— INTERPRETACION DEL ART. 277 del C.S. del T.

De la sana interpretación del estatuto no puede derivarse o desprenderse el entendimiento que de él ha hecho el sentenciador de segunda instancia al afirmar que "para poder solicitarse de una empresa los beneficios consagrados en el art. 277 del CST, debe haberse puesto a ella previamente en conocimiento de la enfermedad del trabajador". De esta interpretación hecha por el ad-quem puede concluirse que el fallador no apreció con rectitud el verdadero sentido de la disposición legal, puesto que ella no sujeta el derecho consagrado allí a la condición indicada por el Tribunal para poder reclamarse del patrono el beneficio de las prestaciones a que la norma se refiere. Los dos supuestos que establece el artículo mencionado son suficientemente claros y la nueva condición que concretamente exige el sentenciador no tiene ningún asidero ni justificación, y por consiguiente erró al fijar el alcance de la Ley. Por tanto la Sala lo subraya y pone de relieve para corregirlo.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., tres de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Víctor G. Ricardo).

Carlos Herrera Sánchez, por medio de apoderado, demandó a Cine Colombia S.A., representada por su Gerente señor Jorge Isaza, para que sea condenada a pagarle lo siguiente: "\$1.500.00 por concepto de servicios profesionales del doctor Luis Carlos Restrepo; \$1.702,50 por el excedente de la cuenta de la Clínica siquiátrica de San Juan de Dios; \$164.75 por drogas suministradas por la farmacia Santa Ana; indemnización por la enfermedad no profesional y por todas las demás prestaciones a que tenga derecho como presuntivo de trabajo, salarios durante la incapacidad, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria y drogas necesarias y certificado de salud".

Como hechos para fundamentar su acción relató los siguientes:

Carlos Herrera Sánchez trabajaba, mediante contrato de trabajo, para Cine Colombia S.A. con el cargo de Contador;

Estando en uso de sus vacaciones, enfermó y fué necesario internarlo sin pérdida de tiempo por orden del médico especialista que lo atendió, en la clínica siquiátrica de San Juan de Dios;

La enfermedad sufrida por Herrera Sanchez consistió en un desequilibrio mental, lo que hizo necesario la consecución desde el primer momento de un médico especialista;

Durante 104 días, del 4 de abril al 18 de julio de 1960, permaneció hospitalizado en la mencionada Clínica;

Los gastos ocasionados por la enfermedad de Herrera fueron: al médico especialista doctor Luis Carlos Restrepo, la suma de \$1.500.00 moneda corriente, a la Clínica Siquiátrica de San Juan de Dios, la suma de \$3.782.50 moneda corriente y a la Farmacia Santa Ana por drogas despachadas, la suma de \$174.75 moneda corriente;

De los anteriores gastos la empresa Cine Colombia S. A. unicamente cubrió la suma de \$2.080.00 m.c. a la clínica siquiátrica de San Juan de Dios. El resto de los gastos los cubrió el doctor Anzinar Herrera Sánchez, hermano legítimo del trabajador, quien lo hizo en calidad de préstamo. Hasta el momento y no obstante haberse reclamado varias veces, la empresa Cine Colombia S.A. se ha hecho remisa a cubrir la totalidad de los gastos ocasionados por la enfermedad de Herrera Sánchez.

En derecho fundamentó la demanda en los artículos 227 y 277 del C.S.T.

La sociedad demandada respondió por medio de apoderado de la siguiente manera;

Al hecho primero, no es cierto como lo presenta el actor. Al señor Herrera se le contrató como Cajero—Almacenista y ayudante del Administrador General; al hecho segundo, es cierto que al señor Herrera

Sánchez se le concedieron vacaciones a partir del 28 de marzo de 1960 hasta el 13 de abril del mismo. Pero la compañía ignora, pues no se le hizo saber oficialmente que el señor Herrera enfermó pues a su médico, doctor Gonzalo Ríos Naranjo ni se le llevó al enfermo ni se solicitó la correspondiente boleta para que dicho profesional lo atendiera. Directamente el señor Herrera Sánchez fué donde un especialista no indicado por el médico de la empresa. Al hecho tercero: ignoro la naturaleza y gravedad de la enfermedad que padeció el señor Herrera Sánchez, pues como no avisó oficialmente a la empresa ni a su médico, ninguna noticia había sobre el particular; al hecho cuarto: lo ignoro; al hecho quinto: no me consta, pues como a la compañía ni a su médico se le presentó enfermo el señor Herrera Sánchez para que este profesional hiciera los exámenes e indicara las prescripciones del caso, no estaban a su alcance los gastos que tuvo que hacer el señor Herrera Sánchez; al hecho sexto: Sí, la empresa contribuyó con la suma de \$2.080.00 para pagar la clínica psiquiátrica de San Juan de Dios, lo hizo nó porque estuviera obligada sino por un acto de colaboración y sensibilidad social; al hecho séptimo: Apenas era lógico y natural, pues eran gastos no prescritos ni ordenados por el médico de la empresa; al hecho octavo: no es que Cine Colombia S.A. se haya negado a pagar esos gastos, sino que como no estaba obligada a ello por las circunstancias ya anotadas, legalmente ninguna obligación tenía”.

Y agregó el apoderado de la parte demandada: Como en Manizales no existe el Instituto de Seguros Sociales, la empresa tiene contratados los servicios médicos del doctor Gonzalo Ríos Naranjo, hace más de cinco años y todo caso que ocurre debe ser tratado directamente por él quien prescribe el tratamiento a seguir o los especialistas a quienes se debe recurrir. Es un hecho evidente en la ley laboral que el patrono es quien debe elegir el médico para su empresa y no los trabajadores. Ninguna disposición legal existe que autorice a los trabajadores para elegir ni escoger al médico que deba hacerles un tratamiento determinado. Cuando se pretermite este modus operandi el patrono queda libre de toda obligación para reconocer y pagar cualquier tratamiento. El art. 207 del C.S.T. señala el derecho del patrono para contratar la asistencia médica de los

trabajadores. Ninguna disposición existe que faculte a los trabajadores para tomar esa iniciativa. La autonomía patronal es un derecho que la compañía no ha renunciado. Y concluye el apoderado de la demandada manifestando que Herrera Sánchez, cuando enfermó estando en uso de vacaciones debió recurrir al médico de la empresa o al Administrador. Fué lo que no hicieron ni él ni sus parientes y por consiguiente la empresa quedó libre de todo compromiso. Por eso la compañía no puede reconocer ni aceptar el pago de las sumas de dinero por hospitalización, drogas y especialista. Los \$2.080.00 que se pagaron a la Clínica fué por una contribución espontánea, sin que existiera compromiso legal para ello.

Le correspondió conocer de la controversia al Juez Primero del Trabajo de Manizales, quien la desató mediante providencia en la cual se condenó a la empresa Cine Colombia S.A. a pagar al señor Carlos Herrera Sánchez la suma de \$3.202.50, por los siguientes conceptos: a) \$1.500.00 por servicios médicos; b) \$1.702.50 por servicios farmacéuticos y hospitalarios. Se absolvió a la empresa de todos los demás cargos formulados en la demanda y se le condenó en costas.

Contra la sentencia de primer grado interpuso recurso de apelación la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales —Sala Laboral— lo decidió revocando la sentencia y en su lugar absolvió a Cine Colombia S.A. de todos los cargos de la demanda. Condenó en costas de las dos instancias al actor.

El proveído anterior fué objeto del recurso de casación interpuesto por el demandante, el cual concedido, admitido y legalmente tramitado corresponde decidir a la Corte.

Pretende el recurrente que se revoque totalmente la sentencia del Tribunal y en su lugar se confirme el fallo de primera instancia en sus numerales 1o. y 3o. y se reforme el numeral 2o. en el sentido de condenar a la empresa al pago de las demás peticiones de la demanda, como la indemnización por incapacidad, etc. según lo afirma en el alcance de la impugnación.

Con fundamento en la causal primera del art. 87 del C.P.T. formula dos cargos de los cuales la Corte pasa a examinar el segundo.

Segundo Cargo:— Infracción directa por interpretación errónea del art. 277 del C.S.T.

ya que fue apreciado su contenido equivocadamente. Se propone como subsidiario del anterior. En la sustentación del cargo acude el casacionista al argumento de que el artículo citado "es perentorio solo en determinar los derechos que tiene el trabajador, pero no habla de avisos ni mucho menos señala el tiempo para darlos, ni echa la carga de darlo a los familiares o amigos del trabajador, ni impone a los parientes la obligación de saber cuál es en determinado caso el médico de la empresa", e inmediatamente se refiere a que habiendo aceptado el sentenciador que el doctor Herrera "sí dió el aviso días después de haber internado al enfermo y de haber contratado servicios médicos y hospitalarios", incurre en la contradicción de negar la prosperidad de las peticiones de la demanda por cuanto el trabajador obró a espaldas de la empresa.

El Tribunal, después de hacer un análisis de los hechos, concluye afirmando que "la Sala pues, deja en claro que para solicitarse de una empresa los beneficios consagrados en el art. 277 del C.S.T. debe haberse puesto a ella previamente en conocimiento de la enfermedad del trabajador".

La norma antes citada establece que "todo trabajador que preste servicio a una empresa de capital de (\$800.000) ochocientos mil pesos o superior, que sufra una incapacidad para desempeñar sus labores por causa de enfermedad no profesional, tendrá derecho, además del auxilio monetario establecido en el art. 277, a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria hasta por seis (6) meses".

De la sana interpretación del estatuto no puede derivarse o desprenderse el entendimiento que de él ha hecho el sentenciador de segunda instancia al afirmar que "para poder solicitarse de una empresa los beneficios consagrados en el art. 277 del CST, debe haberse puesto a ella previamente en conocimiento de la enfermedad del trabajador". De esta interpretación hecha por el ad-quem puede concluirse que el fallador no apreció con rectitud el verdadero sentido de la disposición legal, puesto que ella no sujeta el derecho consagrado allí a la condición indicada por el Tribunal para poder

reclamarse del patrono el beneficio de las prestaciones a que la norma se refiere. Los dos supuestos que establece el artículo mencionado son suficientemente claros y la nueva condición que concretamente exige el sentenciador no tiene ningún asidero ni justificación, y por consiguiente erró al fijar el alcance de la Ley. Por tanto, la Sala lo subraya y pone en relieve para corregirlo.

Al prosperar el cargo presentado como subsidiario, por las razones anteriormente expuestas, la Sala no entra a considerar el que fué formulado como principal que persigue la misma finalidad no sin antes observar que el recurrente, no obstante formular el cargo por infracción directa de la ley, lo vinculó, con evidente impropiedad, al aspecto probatorio del proceso.

Para decidir en instancia la Corte considera:

La sentencia de primer grado condenó a la parte demandada a pagar a Herrera Sánchez la suma de \$3.202.50 por concepto de servicios médicos, farmacéuticos y hospitalarios y negó las demás peticiones de la demanda, con el fundamento de que en el proceso no obran pruebas que las demuestren, salvo el tiempo en que estuvo hospitalizado respecto del cual los auxilios de enfermedad fueron pagados por la empresa. La Sala encuentra acertada la decisión y en consecuencia habrá de confirmarla también en este aspecto por encontrarla ajustada a la realidad procesal.

Por las consideraciones expuestas, 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 y en su lugar CONFIRMA la dictada por el Juzgado a-quo.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

FENOMENO JURIDICO DE LA PRORROGA AUTOMATICA SOBRE EL CONSENTIMIENTO TACITO DE LOS CONTRATANTES.

Interpretación y alcance de los arts. 47 y 49 del C. S. del T.— El consentimiento mutuo como medio de extinguir el contrato de trabajo a tenor del literal c) del art. 61 del C. S. del T.— Los términos “renuncia” y “denuncia” como medios unilaterales de terminar la relación laboral.—

1.— De las condiciones a que en el contrato de trabajo se halla sometida la libertad contractual, y a que en beneficio del trabajador se ha reducido en él el principio dispositivo, el nexo jurídico que une a aquél con el patrono no deja de tener carácter convencional, por lo que es susceptible de romperse por mutuo consentimiento como en cualquier contrato.— Así lo prevé expresamente el literal c) del artículo 61 del CSL.

La disolución por consentimiento mutuo difiere de la renuncia del cargo o de la denuncia del contrato en que supone concierto bilateral de voluntades, con efecto extintivo, mientras que las segundas son declaraciones unilaterales; pero aceptadas éstas por el empleador configuran pacto disolutorio capaz de poner fin al contrato en los términos expresados en aquella norma.

Siendo la libertad contractual el principio general y la excepción las restricciones a esa libertad, lo prescrito en los artículos 47 y 49 del CSL se endereza solamente a suplir el silencio de las partes respecto de la duración del contrato, mediante la restricción que se impone al patrono de despedir al trabajador en cualquier tiempo, más sólo en ausencia de la voluntad de ambos inequívocamente manifestada, ya que, como se acaba de expresar, tales normas son apenas supletorias de la voluntad de las contratantes. De suerte que la tácita reconducción, dada la naturaleza sucesiva del contrato, y por fundarse en la voluntad presunta de las partes, que se supone ser la de continuar la relación contractual cuando no se ha manifestado lo contrario, no puede jurídicamente producirse cuando tal voluntad coincide en dar por extinguidas las obligaciones recíprocas.

2.— Siendo el consentimiento mutuo uno de los medios de extinguir el contrato de trabajo a tenor del literal c) del artículo 61 del CSL, que con fundamento en su naturaleza consensual consagra, respecto de su terminación la prevalencia de la voluntad de las partes sobre cualesquiera previsiones convencionales o legales, por lo cual las prescripciones de los

artículos 47 y 49 sólo pueden entenderse como supletorias, como lo ha reconocido constantemente la jurisprudencia, el acuerdo de los contratantes lo disuelve en cualquier tiempo y cualquiera que sea el plazo estipulado o fijado por la ley; y no habiendo ésta establecido forma

específica para expresar el consentimiento en este caso, sino que basta el concierto de voluntades con ánimo cancelatorio de las obligaciones recíprocas, sin que, por otra parte, sea necesario que a ese acuerdo se llegue por actos simultáneos, sino que, como en todo contrato, a la aceptación suele preceder una propuesta u oferta sobre la cual se forma el pacto disolutorio, es lógico que el asentimiento que la empresa dé a la denuncia del empleado tenga virtud para concertar aquel pacto al margen de lo previsto en el artículo 49, pues la expiración del contrato por acuerdo de voluntades se produce sin consideración al plazo, sea éste convencional o legal.

Parece conveniente distinguir la renuncia como medio unilateral de terminar la relación de trabajo con fundamento en causal prevista en la ley o en el mismo contrato, de la denuncia como medio también unilateral de prevenir por anticipado el cumplimiento de la reconducción tácita en contratos de tracto sucesivo. En el primer caso el dimitente da por terminada la relación laboral con facultad específica preestablecida; en el segundo el denunciante comunica a quien tiene capacidad receptiva, su voluntad de no prorrogar esa relación más allá de cierto término con lo que cancela la reconducción automática del artículo 49, puesto que en esa norma se presume un concierto de voluntades que la denuncia rompe y convierte en mutuo disenso, que más tarde puede nuevamente transformarse en acuerdo recíproco sobre la extinción del contrato mediante la aceptación de la denuncia no revocada. Es así como la denuncia del trabajador tiene, considerada en el ámbito de los artículos 47 y 49, efecto cancelatorio de la prórroga automática prevista en este último precepto, en cuanto pone de manifiesto una

voluntad real contrapuesta a la meramente presumida por la ley, la que por ser real excluye la supuesta del trabajador; y como, considerada al margen de las aludidas reglas, esto es, como denuncia de contrato a plazo indeterminado, tiene el valor de una propuesta de extinción de las obligaciones recíprocas capaz de concertar el pacto disolutorio cuando sin revocación previa de quien la hace es aceptada por la parte a quien va dirigida.

Juicio ordinario laboral de EDUARDO HOYOS PALACIO c/. Almacenes Generales de Depósito del Comercio (Almadelco).

(NO SE CASA LA SENTENCIA RECURRIDA).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., tres (3) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966).

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

El señor Eduardo Hoyos Palacio promovió juicio ordinario laboral a los Almacenes Generales de Depósito del Comercio (Almadelco), ante el juez del trabajo de Bogotá, para obtener el reconocimiento y pago de la suma de nueve mil trescientos cincuenta pesos “por concepto de indemnización de perjuicios (lucro cesante) causados por la ruptura intempestiva e ilegal del contrato de trabajo que le vinculaba” a esa firma.

Tal pretensión aparece apoyada en los siguientes hechos: el demandante sirvió el cargo de revisor fiscal de la empresa desde el 17 de febrero de 1954 hasta el 28 de febrero de 1957. Los estatutos señalan a ese empleo el período de un año, que termina el último de enero y se entiende prorrogado automáticamente si para esa fecha la asamblea general no ha hecho el respectivo nombramiento. El 26 de enero de 1957 Hoyos Palacio “en comunicación dirigida a la empresa manifestó que, como el 31 del mismo mes vencía el término estatutario de su contrato de trabajo, no tenía disposición de renovarlo a partir de entonces”. La empresa no contestó al demandante hasta el 21 de febrero siguiente en que le comunicó la aceptación de su renuncia.

En derecho, en la demanda se invoca de

manera especial las disposiciones de los artículos 49 y 64 del CST.

En su réplica, la entidad demandada se opone a la pretensión formulada en el libelo, admite unos hechos, niega los más, y manifiesta que “no es cierto que el período del revisor fiscal termine el último día del mes de enero de cada año, pues los estatutos no establecen nada al respecto”.

Concluyó la primera instancia con sentencia en la que el juez primero laboral del circuito de Bogotá absuelve a la empresa opositora y condena en costas al demandante.

De este fallo apeló la parte vencida. El recurso fué decidido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia que confirma la de primer grado.

A ello llegó la corporación falladora porque, en su concepto, la parte actora no acreditó cual era el período establecido para el revisor fiscal, ni la inexistencia de ese período para el efecto del artículo 47 del CST, ni en el caso de autos podría hablarse de prórroga del período “ya que el artículo 49 del CST reglamenta tal fenómeno jurídico, sobre el consentimiento tácito de los contratantes y en el caso de autos se estaba en presencia de una manifestación expresa en contrario, del trabajador, y de una imposibilidad física de la sociedad demandada para expresar su decisión mientras no se convocara el órgano señalado por la ley como el llamado a nombrar o remover al revisor fiscal”.

Contra esta providencia interpuso la parte actora el recurso de casación que se decide.

Invocando la causal 1a. de casación laboral, propone contra ella los siguientes cargos:

Primero. Infracción directa del artículo 64 del CST, por falta de aplicación, en relación con el 47 y el 49 ibidem, igualmente dejados de aplicar siendo pertinentes, en concepto del recurrente.

“El sentenciador declara —dice para demostrarlo— que en los autos no se acreditó el plazo fijo del contrato, que la demandada aceptó el 17 de febrero como fecha inicial de la prestación de servicios; que, a pesar de la decisión unilateral del actor de retirarse el 31 de enero de 1957, continuó trabajando hasta el 28 de febrero, y que en esta última fecha expiró el contrato por voluntad de la empresa, comunicada en la carta de 21 del mismo mes. “Lo que se desprende de esos hechos es

que, procesalmente ignorado el plazo fijo, por falta de pruebas, el contrato del actor se reputa regido por el plazo presuntivo del artículo 47; que la prolongación de los servicios del actor después del 16 de febrero, entrañó la prórroga automática del plazo presuntivo del contrato, conforme al artículo 49; y que la ruptura del mismo el 28 de febrero, por decisión de la empresa, implica la indemnización del lucro cesante prevista en el artículo 64. Al no aplicar esas tres normas, el sentenciador se puso en abierta rebeldía contra sus mandamientos imperativos”.

Segundo. Lo presenta el recurrente como subsidiario del anterior, por violación de los artículos 47 y 49 del CST, por interpretación errónea, y del 64 del mismo código por falta de aplicación.

Para demostrarlo expresa:

“El sentenciador entiende que ‘en defecto de disposición estatutaria o reglamentaria sobre período fijo (...) la prueba de esta omisión habría permitido al actor acogerse a la disposición del CST sobre término presuntivo, contenida en el artículo 47 de tal obra’. O sea, que el término presuntivo requiere la prueba, por el trabajador, de que su contrato no tiene período fijo. Este entendimiento es a todas luces equivocado. Como lo dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo sostiene esa H. Sala de la Corte Suprema, en nuestra legislación laboral no hay contratos de plazo indefinido: o este lo definen las partes (plazo fijo) o lo define la ley (plazo presuntivo). Si el actor no demuestra el plazo fijo, la aplicación del presuntivo previsto en el artículo 47 es inexorable”.

“También sostiene el sentenciador que el artículo 49 subordina el fenómeno de la prórroga a la aceptación tácita de ambos contratantes, en el sentido de que si el trabajador ha anunciado su deseo de retirarse en determinada fecha, su trabajo posterior a la misma no causa la prórroga. Errada interpretación, pues según el texto comentado ‘el sólo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito’ produce la prórroga presuntiva, cualesquiera que hayan sido sus manifestaciones anteriores”.

Tercero. También con carácter subsidiario, imputa al fallo violación indirecta del artículo 64 del CST, por falta de aplicación, en relación con los artículos 47, 49 y 61 *ibidem*

como consecuencia de errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda y de su contestación, de las cartas que obran a folios 9 y 19 del expediente y de la inspección ocular visible a folios 28 a 23.

Los errores en que según el recurrente incurrió el fallador de instancia son:

“a) No dar por demostrado, estándolo, que entre el 10. y el 28 de febrero de 1957, el actor continuó prestando sus servicios con el consentimiento de la empresa;

“b) Dar por demostrado, contra la evidencia, que la carta del actor contiene una renuncia pura y simple, y no para una fecha determinada;

“c) No dar por establecido, estándolo, el hecho del despido del actor por la empresa demandada;

“d) Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa estuvo en imposibilidad de tomar una decisión respecto del anuncio del actor antes de la fecha anunciada por éste para su retiro”.

Observa, para demostrarlo, que en su contestación al hecho séptimo de la demanda, la sociedad acepta haber conocido la continuación del actor con posterioridad al 31 de enero de 1957 en la prestación del servicio, y consentido en ella, circunstancia que paso inadvertida al sentenciador; y que para éste la carta de renuncia estaba condicionada a un hecho ya ocurrido —la terminación del plazo fijo—, por lo cual debía haberse tenido como pura y simple, y por tanto aceptable dentro de un plazo prudencial, cuando lo que el actor manifestaba era que su contrato terminaba el 31 de enero de 1957 y anunciaba la voluntad de no renovarlo a partir de esa fecha. “En todo caso —expresa el recurrente—, el preaviso de ruptura señalaba un día determinado; no era, pues, una renuncia pura y simple aceptable en cualquier tiempo ‘prudencial’ sino para la fecha indicada por el supuesto ‘renunciante’”.

Con el recurso pretende el demandante que se case totalmente la sentencia de segundo grado, para que la Corte, en función de instancia, revoque la de primer grado y condene a la sociedad demandada según el libelo.

La entidad opositora en su réplica califica como medio nuevo el motivo de casación alegado por el recurrente, y en lo relativo a la cuestión de fondo expresa que el mismo recurrente reconoce la legalidad del fallo

acusado en cuanto se apoya en la no comprobación de la expiración del período alegado, y que la carta remitida por el empleado al patrono contiene “una renuncia, ya no la manifestación de no prorrogar el contrato, sino simple y puramente una renuncia, que habría que considerar como intempestiva, como violatoria por parte del trabajador, del contrato, según el recurrente regido por el plazo presuntivo que lo ligaba a la empresa”.

Deduca el opositor que los cargos formulados implican un medio nuevo, por cuanto, habiendo la parte actora demandado con apoyo en el supuesto fáctico de la existencia de un contrato a término fijo, que expiraba el 31 de enero de 1957 por disposición de los estatutos sociales, mal puede dentro de la técnica del recurso de casación acusar la sentencia con fundamento en la existencia de un plazo presuntivo.

El demandante expresa como hecho primero de la demanda: “Mi representado sirvió el cargo de revisor fiscal de la empresa desde el 17 de febrero de 1954 hasta el 28 de febrero de 1957 cargo que según cláusula de los estatutos sociales tiene un período fijo de un año”; a lo cual contestó la entidad demandada: “No es cierto que el período del revisor fiscal termine el último del mes de enero de cada año, pues los estatutos no establecen nada al respecto”. En las proposiciones anteriores el demandante afirma la existencia de un período fijo para el ejercicio del cargo de revisor fiscal, mientras que la parte opositora niega ese hecho, con lo que implícitamente invoca el plazo presuntivo a falta de uno convencional y de previsión estatutaria al respecto.

El artículo 593 del CJ recoge el principio de que “toda decisión judicial se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa”. Actos de partes que, por expresar la voluntad de ellas, definen y circunscriben la competencia decisoria del fallador, quien no puede variar las pretensiones formuladas ni los hechos en que se fundan sin pronunciar un fallo extraño al pleito. El principio de congruencia, que significa la adecuación entre las peticiones de las partes y la forma como en el fallo se acogen o rechazan, ha de ser referido a lo prescrito en el artículo 593 citado, que virtualmente excluye la presentación de medios nuevos en la impugnación de la sentencia, esto es, la

proposición en el recurso de cuestiones no planteadas como motivo de controversia al trabarse la relación procesal. Las partes no responden de los hechos que por fuera de los actos que las vinculan al proceso les puedan ser atribuidos, porque la cuestión nueva modifica el planteamiento de la litis y altera los deberes resultantes de la relación procesal con detrimento del derecho de defensa; pero sí de los invocados en la demanda o en la contestación que a ella dé el demandado, pues precisamente es sobre ellos que versa la litis.

Ahora bien: habiendo sido en este caso requerida la autoridad jurisdiccional para que declarase el derecho a una prestación en el supuesto de que las partes se hallaban ligadas por un *plazo fijo*, y habiendo la empresa negado la existencia de ese *plazo fijo* con lo cual implícitamente aseveraba que el contrato se regía por el *presuntivo*, no cabe duda de que el tema de decisión sobre el cual la litis fué planteada ha sido la existencia del *plazo fijo* — que alega el actor—, y la del *plazo presuntivo* —que invoca la empresa demandada—, por lo cual no hay lugar a tener como medio nuevo los cargos presentados con fundamento en la existencia de este último *plazo*.

No siendo cuestión nueva la propuesta por el recurrente, es procedente entrar en el examen de los cargos.

Primero y segundo cargos. En el principal, o sea, el primero, se imputa a la sentencia falta de aplicación de los artículos 47 y 49 del CSL, que dió lugar a la infracción directa del artículo 64 *ibidem*; en el segundo, propuesto como subsidiario, infracción directa de los artículos 47 y 49, por interpretación errónea que llevó a la no aplicación del 64.

Considera el recurrente que ignorado el *plazo fijo*, el fallador de instancia ha debido, a tenor de los artículos 47 y 49, si los hubiera interpretado correctamente, dar por existente el *plazo presuntivo* y entenderlo automáticamente prorrogado como lo dispone el artículo 49.

No obstante ser el uno principal y el otro subsidiario, se estudian conjuntamente por haber sido presentados por infracción directa de las mismas normas, con fundamento en idénticas razones.

Sin embargo de las condiciones a que en el contrato de trabajo se halla sometida la libertad contractual, y a que en beneficio del trabajador se ha reducido en él el principio

dispositivo, el nexo jurídico que une a aquél con el patrono no deja de tener carácter convencional, por lo que es susceptible de romperse por mutuo consentimiento como en cualquier contrato. Así lo prevé expresamente el literal c) del artículo 61 del CSL.

La disolución por consentimiento mutuo difiere de la renuncia del cargo o de la denuncia del contrato en que supone concierto bilateral de voluntades, con efecto extintivo, mientras que las segundas son declaraciones unilaterales; pero aceptadas éstas por el empleador configuran pacto disolutorio capaz de poner fin al contrato en los términos expresados en aquella norma.

Siendo la libertad contractual el principio general y la excepción las restricciones a esa libertad, lo prescrito en los artículos 47 y 49 del CSL se endereza sólo a suplir el silencio de las partes respecto de la duración del contrato, mediante la restricción que se impone al patrono de despedir al trabajador en cualquier tiempo, más sólo en ausencia de la voluntad de ambos inequívocamente manifestada, ya que, como se acaba de expresar, tales normas son apenas supletorias de la voluntad de los contratantes. De suerte que la tácita reconducción, dada la naturaleza sucesiva del contrato, y por fundarse en la voluntad presunta de las partes, que se supone ser la de continuar la relación contractual cuando no se ha manifestado lo contrario, no puede jurídicamente producirse cuando tal voluntad coincide en dar por extinguidas las obligaciones recíprocas.

Lo expuesto está indicando que en el caso presente para demostrar la infracción de las normas que se dice violadas, es menester poner en evidencia que no se produjo el concierto de voluntades extintivo del contrato, o sea, que ha de acudirse al examen de las pruebas tenidas en cuenta en el fallo de instancia para saber si el Tribunal incurrió en error de hecho, que es precisamente como el recurrente plantea la acusación, subsidiariamente, en el cargo tercero.

Tercer Cargo. Considera el recurrente que el tribunal *ad-quem* incurrió en los errores de hecho enunciados arriba, debido a la equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

a) La *demanda* y su *respuesta*, que en lo pertinente dicen: "1o. Mi representado sirvió el cargo de revisor fiscal de la empresa desde el 17 de febrero de 1954 hasta el 28 de

febrero de 1957, cargo que según cláusula de los estatutos sociales tiene un período fijo de un año. 2o. Dicho período se agota el último día del mes de enero de cada año, y los estatutos prevén que si a la terminación de aquél la asamblea general no hace la elección del funcionario citado, el período se entiende prorrogado automáticamente. 3o. El 26 de enero de 1957 Eduardo Hoyos, en comunicación dirigida a la empresa manifestó, que como el 31 del mismo mes vencía el término estatutario de su contrato de trabajo, no tenía disposición de renovarlo a partir de entonces. 4o. La empresa guardó silencio, y después que se había vencido el término del contrato, condición y motivo de la decisión de mi representado de no prorrogarlo, la empresa le dirigió la carta de 21 de febrero de 1957, aceptando la renuncia y dando las gracias por los servicios prestados. En tal forma puso fin al contrato el 28 de febrero de 1957. 5o. La renuncia no se había presentado para cuando la empresa quisiera admitirla, sino precisa y exclusivamente porque el término del contrato vencía el 31 de enero y para que tuviera lugar a partir de la misma fecha. Por tanto, el hecho de que la empresa hubiera guardado silencio y aceptado tácitamente los servicios de mi representado por otro período estatutario, la hace incurso en responsabilidad por haber roto el contrato antes del vencimiento de la nueva prórroga, lo que debía ocurrir el 31 de enero de 1958".

Estos hechos fueron contestados así por la demandada:

"Hecho 1o. Es cierto. Hecho 2o. No es cierto que el período del revisor fiscal termine el último día del mes de enero de cada año, pues los estatutos no establecen nada al respecto. Hecho 3o. Es cierto. Hecho 4o. No es cierto en la forma que viene redactado. Una vez recibida la renuncia presentada por el señor Hoyos del cargo de revisor fiscal, la junta directiva ordenó convocar a asamblea general de accionistas extraordinaria para proceder precisamente al nombramiento del nuevo revisor, por ser dicho nombramiento facultad exclusiva de la asamblea general, lo cual se hizo en asamblea extraordinaria reunida el día 20 de febrero del presente año. Hecho 5o. No constituye propiamente el relato de un hecho sino una apreciación personal del actor".

b) La *carta-denuncia* dirigida por el demandante al gerente de la empresa el 26 de

enero de 1957, que dice:

“Comedidamente manifiesto a usted que, como el vencimiento del período estatutario de mi cargo y consiguientemente el término de mi contrato de trabajo, tendrá lugar el último día del mes que cursa, es mi propósito no renovarlo a partir de tal fecha”.

c) La *carta de aceptación* dirigida al empleado el 21 de febrero de 1957, que expresa:

“Comunico a usted que la asamblea extraordinaria de accionistas de la compañía aceptó la renuncia del cargo de revisor fiscal que venía desempeñando usted desde hace algunos años, en consideración al carácter de irrevocable que ella tiene. Igualmente la asamblea aprobó por unanimidad una proposición por medio de la cual lamenta su retiro de la Compañía y agradece sus servicios por el tiempo que estuvo trabajando”.

d) La *diligencia de reconocimiento* judicial del libro de actas de las sesiones de la asamblea general, en las cuales se hace referencia al “período del revisor fiscal”. La correspondiente a la sesión del 27 de enero de 1956 dice:

“Por unanimidad fué reelegido revisor fiscal de la Compañía el señor Eduardo Hoyos Palacio para el próximo período”.

En la de 20 de febrero de 1957 se lee:

“El doctor Leal Morales informó que el objeto principal de la reunión era elegir revisor fiscal de la Compañía para el resto del período estatutario, porque el señor Eduardo Hoyos Palacio, quien en la actualidad desempeña este cargo, con fecha 26 de enero de 1957 le había pasado una carta por medio de la cual le había manifestado que presentaba renuncia de su cargo (...). La junta declaró elegidos como revisor fiscal de la Compañía al señor Leopoldo Morris y con las suplencias del señor Hoyos y del señor Villaveces para el resto del período”.

De estos textos se desprende: 1) Que a pesar de las referencias a un “período del revisor fiscal” que contienen las actas, ese período se ignora procesalmente —como lo acepta el demandante—, porque no se acreditaron las fechas de iniciación y terminación, lo que equivale a no haberse establecido el plazo; 2) Que en defecto de término convencional o estatutario, el contrato debe presumirse vigente por el legal o presuntivo que indica el artículo 47 del CSL, esto es, por el de seis meses que

comenzaron a contarse desde el 17 de febrero de 1954, tácitamente reconducido varias veces en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 *ibidem*; 3) Que el 28 de enero de 1957, veintidos días antes de la terminación del expresado plazo presuntivo, el empleado hizo a su empleador denuncia expresa del contrato, es decir, que le notificó su voluntad de no continuar la relación de trabajo más allá del período próximo a expirar; 4) Que el empleador, el 21 de febrero siguiente, esto, cuatro días después de vencido el mencionado plazo aceptó la denuncia.

Siendo el consentimiento mutuo uno de los medios de extinguir el contrato de trabajo a tenor del literal c) del artículo 61 del CSL, que con fundamento en su naturaleza consensual consagra, respecto de su terminación la prevalencia de la voluntad de las partes sobre cualesquiera previsiones convencionales o legales, por lo cual las prescripciones de los artículos 47 y 49 sólo pueden entenderse como supletorias, como lo ha reconocido constantemente la jurisprudencia, el acuerdo de los contratantes lo disuelve en cualquier tiempo y cualquiera que sea el plazo estipulado o fijado por la ley; y no habiendo ésta establecido forma específica para expresar el consentimiento en este caso, sino que basta el concierto de voluntades con ánimo cancelatorio de las obligaciones recíprocas, sin que, por otra parte, sea necesario que a ese acuerdo se llegue por actos simultáneos, sino que, como en todo contrato, a la aceptación suele preceder una propuesta u oferta sobre la cual se forma el pacto disolutorio, es lógico que el asentimiento que la empresa dé a la denuncia del empleado tenga virtud para concertar aquel pacto al margen de lo previsto en el artículo 49, pues la expiración del contrato por acuerdo de voluntades se produce sin consideración al plazo, sea éste convencional o legal.

Parece conveniente distinguir la *renuncia* como medio unilateral de terminar la relación de trabajo con fundamento en causal prevista en la ley o en el mismo contrato, de la *denuncia* como medio también unilateral de prevenir por anticipado el cumplimiento de la reconducción tácita en contratos de tracto sucesivo. En el primer caso el dimittente da por terminada la relación laboral con facultad específica preestablecida; en el segundo el denunciante comunica a quien tiene

capacidad recepticia, su voluntad de no prorrogar esa relación más allá de cierto término con lo que cancela la reconducción automática del artículo 49, puesto que en esta norma se presume un concierto de voluntades que la denuncia rompe y convierte en mutuo disenso, que más tarde puede nuevamente transformarse en acuerdo recíproco sobre la extinción del contrato mediante la aceptación de la denuncia no revocada. Es así como la denuncia del trabajador tiene, considerada en el ámbito de los artículos 47 y 49, efecto cancelatorio de la prórroga automática prevista en este último precepto, en cuanto pone de manifiesto una voluntad real contrapuesta a la meramente presumida por la ley, la que por ser real excluye la supuesta del trabajador; y como, considerada al margen de las aludidas reglas, esto es, como denuncia de contrato a plazo indeterminado, tiene el valor de una propuesta de extinción de las obligaciones recíprocas capaz de concertar el pacto disolutorio cuando sin revocación previa de quien la hace es aceptada por la parte a quien va dirigida.

Conforme a estos principios, la denuncia presentada por el trabajador veintidós días antes de concluir el plazo presuntivo del contrato, tenía efecto cancelatorio de la prórroga automática al poner en evidencia la voluntad del empleado contraria al cumplimiento de esa prórroga; y aceptada

cuatro días después de vencido aquel término, sin que el denunciante la hubiese revocado, no podía menos que producir la disolución del contrato por acuerdo recíproco.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que no está demostrado que los supuestos errores de hecho que se imputan al fallador de instancia le llevarán a la infracción de las normas legales sustantivas que se dice violadas, sino que, por el contrario, anduvo acertado al entender que "el artículo 49 del CST reglamenta tal fenómeno jurídico el de la prórroga automática sobre el consentimiento tácito de los contratantes y (que) en el caso de autos se está en presencia de una manifestación expresa en contrario", por lo cual el cargo formulado tampoco puede prosperar.

En consecuencia, 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 proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., *Secretario.*



VIOLACION DEL CONTRATO DE TRABAJO EN SU DURACION PRESUNTIVA

Condena patronal por cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicio, descansos dominicales, reajuste de salarios e indemnización por mora.— Cargos contra el proveído del Tribunal con base en la causal 1a, del art. 87 del C.S. del T.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., junio seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Ante un Juzgado del Trabajo de Medellín Luis Emilio Franco Zapata presenta demanda contra Francisco Mejía, impetrando la condena de éste al pago de “las sumas que resulten probadas por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicio, descanso remunerado en domingos, festivos religiosos y nacionales, por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva, por aumento de salario con posterioridad al 1o. de julio del año próximo pasado, por la mora en el pago de estas prestaciones y por las costas en este juicio”.

Como fundamentos de hecho afirma “que entre el 13 de mayo de 1957 y el 7 de junio último prestó sus servicios al demandado Francisco Mejía, en calidad de mecánico; que laboró durante todas las semanas completas, con excepción de dos, sin obtener descanso remunerado; que su salario era de \$10.00 diarios; y que en la fecha últimamente citada el demandado le llamó la atención sobre unos descuentos que le había hecho la firma “Gesgo”, habiéndolo despedido por no devolverle la cantidad que había recibido por descuentos”.

Al descorrer el traslado del libelo el demandado reconoce que el demandante trabajó a su servicio en su establecimiento denominado “Taller Colombia”, devengando un sueldo semanal de \$60.00; acepta que el 7 de junio del corriente año pidió explicaciones al actor por el hecho de recibir dineros

correspondientes a descuentos en compra de repuestos, habiéndose abstenido Franco de concurrir al trabajo sin que de su parte se produjera manifestación alguna de querer poner fin al contrato de trabajo; y expresa igualmente que no le ha otorgado vacaciones pero que tampoco se encuentra en mora de concedérselas pues está facultado legalmente para fijar la época. Así, se opone a que se hagan declaraciones solicitadas”.

En la sentencia que pone fin a la primera instancia el señor Juez Cuarto del Trabajo de Medellín decide de la siguiente manera:

“1o.— Se condena al señor Francisco Mejía a pagar al señor Luis Emilio Franco, trescientos sesenta y tres pesos con sesenta y siete centavos (\$363.67) por concepto de cesantía; ciento setenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$172.50) como compensación de vacaciones; trescientos dos pesos con noventa centavos (\$302.90) por primas de servicio; seiscientos doce pesos con cincuenta centavos (\$612.50) como descansos dominicales; cuatrocientos veintinueve pesos (\$429.00) como reajuste de salarios, y once pesos con cincuenta centavos (\$11.50) diarios a partir del 24 de junio del año en curso hasta cuando el pago se verifique, como indemnización por mora”.

“2o.— Se absuelve al señor Francisco Mejía de los demás cargos formulados”.

Por apelación de ambas partes el negocio va al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cual, en la sentencia en que resolvió la alzada, reformó la del *a quo* en el sentido de que “el reajuste de salarios se eleva a la cantidad de quinientos trece pesos (\$513.00)”, confirmándola en todo lo demás”.

Para sustentar el recurso de casación que

interpusiera contra el proveído del Tribunal, la parte demandada, invocando la causal 1a. del art. 87 del C.S.T., le formula cinco cargos, que más adelante se estudian.

Al fijar el alcance de la impugnación manifiesta:

“Pido que se case la sentencia y se absuelva al demandado, a quien represento, de la indemnización por mora en el pago de las deudas laborales, de la remuneración dominical, de la cesantía y de la prima de servicios. En subsidio, respecto de la cesantía, solicito que se le reconozca a mi mandante el derecho de retenerla, de conformidad con el art. 250 del c.s. del t., y respecto de la prima de servicios, que se rebaje su importe en la proporción correspondiente a un capital inferior a \$200.000.00 al tenor del art. 306 *ibidem*”.

Primer Cargo.— Interpretación errónea del art. 65 del C.S. del T. Acusa la sentencia referida porque interpretó erróneamente la norma invocada en el epígrafe, violando así su contenido. Es unánime la jurisprudencia que interpreta esta regla de derecho como una sanción a la mala fe del patrono, no aplicable a los casos de duda justificada sobre la existencia de las deudas laborales demandadas, de suerte que donde su buena fe queda establecida y existe la duda justificada, la sanción no opera”.

“Realmente el demandado tenía razones poderosas para estimar que no debía prestaciones al demandante, así: prima de servicios, porque estaba seguro de haberla pagado oportunamente, como lo confesó el actor aunque en cuantía inferior a la debida, y porque siendo su capital menor de \$200.000.00 no estaba obligado a pagar la prima completa a que lo ha condenado la sentencia acusada; remuneración dominical, porque a su entender el salario estipulado fue semanal; y la cesantía por la apropiación ilícita, (abuso de confianza, delito que determina la pérdida de esta prestación), que el trabajador cometió contra el patrono, como quedó establecido en el proceso y como lo acepta el fallo recurrido cuando dice que “los descuentos... en realidad le correspondían al taller y no al demandante, quien, de otro lado, no podía recibir dinero a los clientes para comprar los repuestos”. Nótase que los \$238.67 de la consignación judicial más los \$117.40 cuya apropiación confiesa el demandante, suman aproximadamente la

cesantía causada, lo cual está indicando la buena fe del patrono y voluntad de pagarle al actor lo que creía deberle. La duda aludida aparece tan justificada que los jueces de primera y de segunda instancia absolvieron al demandado de cargos tan importantes como el relativo a la indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración legal, y el concerniente a la remuneración de días festivos”.

“Hay asimismo interpretación errónea del art. 65 del C. S. del T. al considerar el fallo acusado irrita la consignación judicial hecha con la salvedad o reserva de que no se reconoce la deuda. La razón es que lo que interesa a la ley para los fines a que mira es la consignación misma, no el reconocimiento de deber lo depositado. La consignación muestra la buena voluntad del patrono y constituye una seguridad a favor del trabajador por la deuda que resulte. A lo sumo se puede admitir que se deseche la reserva o salvedad, pero nunca la consignación”.

“Ni obsta que el texto legal cuya violación alego emplee la expresión “confiese deber”, porque la jurisprudencia tiene establecido que “en caso de desacuerdo de las partes sobre el monto de la deuda, el patrono cumple con su obligación consignando... el valor de lo que CONSIDERE DEBER...” (cf. Sentencia del 29 de septiembre de 1954, nota de Ortega Torres al a. 65 del c.s. del t., edición de 1956, pág. 119. He subrayado.)”.

SE CONSIDERA:

El recurrente plantea en el primer párrafo un caso claro de interpretación errónea, acusando al Tribunal de haber entendido que la sanción del art. 65 se aplica en todo caso de no pago de “los salarios y prestaciones debidos”, con prescindencia de la posible buena fe del patrono. Pero el Tribunal no ha sostenido esa tesis, sino que aplicó la sanción en referencia en atención a que “como la consignación se hizo condicionada y además, la suma es irrisoria con relación a las súplicas precedentes y aún, muy inferior al auxilio de cesantía, se considera irrita, y por ende, no queda liberado el demandado de los efectos del art. 65 del estatuto sustantivo laboral, como lo que, sin duda descartó la buena fe patronal”.

En cuanto a que el Tribunal nego indebidamente la buena fe del patrono, ello comporta una cuestión de hecho que daría

lugar a una acusación por violación indirecta, pero el recurrente no señaló las pruebas que, mal apreciadas o no apreciadas, hubieran llevado al Tribunal a errar al respecto, y a aplicar indebidamente el art. 65.

Por lo que hace a la alegación final sobre interpretación errónea bastará anotar que, como ya se vió, el Tribunal basó su condena a indemnización moratoria no sólo en la consideración de que la consignación había sido condicional, sino en la desproporción entre el importe de la consignación y el valor de las condenas, por lo que, según todo indica, descartó la buena fe. Se trata, pues, otra vez, de una cuestión de hecho, a cuya dilucidación no puede entrar la Sala por no haber formulado el recurrente el cargo de violación indirecta, con señalamiento de pruebas que, no apreciadas o erróneamente apreciadas, hubiera servido de base a una conclusión errada del Tribunal.

Por todo lo expuesto se rechaza el cargo.

“Segundo Cargo.— INFRACCION DIRECTA DE LOS ARTICULOS 65 y 250 del C.S. del T. Acuso la sentencia recurrida porque violó directamente las normas del epígrafe, así:

a) La regla combinada de los dos artículos dichos, porque el caso fallado en la sentencia acusada está comprendido en las excepciones consagradas en el a. 65 invocado, según el cual el patrono debe pagar salarios caídos “salvo los casos de retención autorizados por la ley”. Ahora bien, la causa de la reclamación hecha por el demandado al demandante, que dió origen a la terminación unilateral del contrato por parte de éste, fue la comisión del delito de abuso de confianza contra los intereses del demandado. En efecto, el actor confiesa en la demanda haberse apropiado de la suma aproximada de \$120.00 por concepto de descuentos, respecto de los cuales dice el propio fallo acusado que “en realidad le corresponden al taller y no al demandante, quien, de otro lado, no podía recibir dineros a los clientes para comprar los repuestos”. Que la apropiación de los descuentos en las condiciones que indica el proceso constituya hecho delictuoso, es cuestión obvia a la luz del código penal en sus art. 412 y s., con lo cual el caso de autos queda colocado entre los de retención autorizados en la ley, de manera que la sentencia acusada, al condenar a la indemnización moratoria, violó así directamente la regla de derecho referida.

“b) El a. 65 citado, porque expresamente dispone esta norma en su inciso segundo que si “no hay acuerdo respecto del monto de la deuda”, (y aquí no lo hubo pues de lo contrario el presente juicio no hubiera existido) “el patrono cumple con sus obligaciones, consignando... la suma que confiese deber mientras la justicia del Trabajo decide la controversia”. Hecha la consignación judicial, y, aceptada la inclusión de su prueba por el fallo acusado, infringe éste directamente la norma transcrita al mantener la indemnización moratoria a que condenó el juez de primera instancia. Ni valen los fundamentos del sentenciador porque el a. 65 citado no condiciona la validez de la consignación a su cuantía, y porque respecto de la salvedad ya he demostrado, en el cargo primero, que la jurisprudencia tiene aceptado reemplazar la expresión “confiese deber” por el término “considere deber”, el cual conlleva la noción de reserva o salvedad. Declarar irrita la consignación por las causas señaladas en el fallo es decretar una nulidad no prevista en la ley ni en el invocado a. 65 del c.s. del t., que así fue directamente violado”.

SE CONSIDERA:

La afirmación de que los descuentos le correspondían al taller y no al demandante la hizo el Tribunal para justificar “la absolución pronunciada por el *a quo* con relación a la indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva”. O sea, que fue uno de los fundamentos que dió a su conclusión de haber tenido motivos ilícitos el demandado para despedir al demandante; pero tal afirmación no tiene en la sentencia vinculación alguna con la condena a la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones que debía el demandado. La fundamentación de este paso de la sentencia radica, como ya se vió, en la circunstancia de haber sido condicionada la consignación que hizo el demandado y haber resultado irrisoria con relación a dichas prestaciones.

Por otra parte el Tribunal no hizo declaración de haber cometido algún delito el demandante. Por tanto dilucidar si lo cometió o no comportaría un examen de las pruebas del proceso, que sólo podría hacerse en el caso de que el cargo se hubiera formulado por violación indirecta, con señalamiento de pruebas concretas no apreciadas o apreciadas

equivocadamente y generadoras de error de hecho. Además la retención de que trata el art. 250 del C.S.T. se refiere solamente al auxilio de cesantía, y está condicionada a que se inicie investigación penal, de lo cual no hay noticia alguna.

En cuanto a las consideraciones del párrafo b) parece contener una acusación por interpretación errónea del art. 65, lo que estaría en desarmonía con la afirmación hecha al principio, de que la acusación es por falta de aplicación. Además, de estimarse que contiene una acusación de violación directa, tampoco podría prosperar, ya que el Tribunal, como se vió, rechazó la eficacia de la consignación no sólo en atención a su mínima cuantía, sino porque había sido condicional, sobre lo cual nada dice el recurrente.

Se rechaza, pues, el cargo.

“Tercer Cargo.— APLICACION INDEBIDA DEL ARTICULO 65 DEL C. S. DEL T. Acuso la sentencia materia de casación porque aplicó indebidamente al caso sub—índice la regla de derecho citada. Demostré en el cargo primero que el caso de autos está comprendido dentro de las excepciones consagradas en la norma invocada, a pesar de lo cual la sentencia recurrida le aplicó la indemnización moratoria. Esta sanción procede en los casos corrientes de mora en el pago de las deudas laborales a la expiración del contrato de trabajo, pero no puede aplicarse a los casos que la ley exceptúa, de suerte que, estando el caso presente de las excepciones, el fallo impugnado aplicó mal, esto es, indebidamente la disposición en referencia”.

La lectura del cargo pone en evidencia que en realidad el recurrente se funda en cuestiones de hecho, pero no señala las pruebas que, dejadas de apreciar o apreciadas indebidamente, hubieran conducido a un error de hecho que se hubiera igualmente señalado.

“Cuarto Cargo.— INFRACCION DIRECTA DE LOS ARTICULOS 306 Y 195 DEL C.S. DEL T. Acuso la sentencia mencionada porque, al condenar al pago de la prima de servicios completa, no aplicó las normas sustantivas a pesar de haberse allegado la prueba concerniente de capital, prueba que el

fallador desestimó de plano incurriendo en contradicción, pues, al paso que rechazó esta prueba, aceptó la de la consignación judicial, habiendo sido aducidas una y otra en igualdad de condiciones”.

En ninguna parte de la sentencia acepta el Tribunal que estuviera acreditado el capital del demandado, y, por el contrario, rechaza la prueba con que éste pretendía establecer dicho capital. Por consiguiente el cargo no prospera.

“Quinto Cargo.— INFRACCION INDIRECTA DE LA REGLA COMBINADA DE LOS ARTICULOS 306 Y 195 DEL C.S. DEL T. POR ERROR DE HECHO. Acuso la sentencia dicha porque el fallador no dió por acreditado el hecho de ser menor de \$200.000.00 el capital del demandado, a pesar de que tal hecho sí está probado en el proceso mediante el certificado de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, prueba que debió considerarse de la misma manera que se examinó la copia expedida por el Juez Quinto del Trabajo de Medellín, aunque fuera para declarar la invalidez no de la prueba sino del hecho probado”.

Aparece en los autos un certificado de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, pero el Tribunal lo rechazó, “por no haber sido solicitada como prueba por el demandado”, y al respecto obró bien dicho fallador, pues dió cumplimiento estricto a lo preceptuado por el art. 31 del C.P.L. Además tal certificado no acredita el valor del patrimonio gravable del demandado, sino apenas el valor de dos renglones del mismo.

El cargo no prospera.

El 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 recurrida.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la “Gaceta Judicial” y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

DENEGACION DE RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO PROFERIDA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA.

El art. 50 del Decreto 528 de 1964 se refiere a los procesos civiles y no a los laborales. Pero esto no obsta para que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tenga razón cuando, en el auto negatorio de la reposición, afirma que el art. 59 del mismo Decreto 528 debe aplicarse en el presente caso, en que la sentencia recurrida fue dictada cuando ya estaba en vigencia dicho precepto por obra del Decreto 1697 de 1965, y sin que, con relación al recurso de casación, estuviera pendiente alguna actuación, diligencia o término. El artículo 59 entró a regir el primero de agosto de 1965, y la sentencia no fue proferida sino el 16 de noviembre siguiente, como ya se indicó. Por lo que hace al interés del recurrente, no llega a los \$30.000.00 exigidos por el tantas veces citado art 59.

El recurrente interpreta el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de asimilar el vocablo "actuaciones" a todo juicio o proceso. Pero esta interpretación, contraria a la generalmente admitida por la jurisprudencia, no cuadra con los claros términos del artículo, ya que no tendría sentido que al lado de "diligencias" y "términos", que inequívocamente designan elementos integrantes del proceso, se hablara del proceso mismo, tomado en su totalidad bajo la denominación de "diligencias".

Por otra parte, de considerarse que las leyes procesales nuevas no deben aplicarse a los juicios pendientes, sobraría el artículo, puesto que en tal hipótesis no habría conflicto o dificultad alguna que prevenir, pues nadie puede pretender que a procesos iniciados bajo la vigencia de determinada norma no se le aplique ésta.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., junio ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Con fecha noviembre 16 de 1965 el Tribunal Superior de Barranquilla profiere sentencia de segundo grado en el ordinario laboral promovido por el doctor Benjamín

Cubas Tatis contra la señora Gloria Monroy Gutiérrez. Con dicho juicio el doctor Cubas Tatis perseguía obtener una condena contra la demandada por la suma de \$7.000.00, más los intereses legales, que afirmó le debía a título de honorarios profesionales.

En la mencionada sentencia el Tribunal revoca la del inferior y declara prescrita la acción incoada. El fallo es notificado en estrados.

El 23 del mismo mes de noviembre el demandante presenta memorial en que interpone recurso de casación contra la sentencia.

La Secretaría deja constancia de que el negocio había sido devuelto al Juzgado de origen "el 22 del presente mes".

En providencia del 24 de noviembre el Tribunal deniega el recurso, con base en los arts. 50 y 59 del D. 528 de 1964, y considerando que la sentencia se había proferido después de la entrada en vigencia de dichas disposiciones, y que la cuantía del interés para recurrir no llegaba a \$30.000.00.

En memorial posterior el Dr. Cubas Tatis pide reposición de dicho auto, y en subsidio solicita se le expidan las copias necesarias para recurrir de hecho ante esta Corporación. La reposición le es negada.

Acompañando tales copias, presenta memorial sustentatorio del recurso.

Para resolver se considera:

Es cierto, como anota el recurrente, que el art. 50 del Decreto 528 de 1964 se refiere a los procesos civiles y no a los laborales. Pero esto no obsta para que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tenga razón el Tribunal cuando, en el auto negatorio de la reposición, afirma que el art. 59 del mismo decreto 528 debe aplicarse al presente caso, en que la sentencia recurrida fue dictada cuando ya estaba vigente dicho precepto por obra del Decreto 1697 de 1965, y sin que,

con relación al recurso de casación, estuviera pendiente alguna actuación, diligencia o término. El artículo 59 entró a regir el primero de agosto de 1965, y la sentencia no fue proferida sino el 16 de noviembre siguiente, como ya se indicó. Por lo que hace al interés del recurrente, no llega a los \$30.000.00 exigidos por el tantas veces citado artículo 59.

El recurrente interpreta el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 en el sentido de asimilar el vocablo "actuaciones" a todo el juicio o proceso. Pero esta interpretación, contraria a la generalmente admitida por la jurisprudencia, no cuadra con los claros términos del artículo, ya que no tendría sentido que al lado de "diligencias" y "términos", que inequívocamente designan elementos integradores del proceso, se hablara del proceso mismo, tomado en su totalidad bajo la denominación de "diligencias".

Por otra parte, de considerarse que las leyes procesales nuevas no deben aplicarse a los juicios pendientes, sobraría el artículo, puesto que en tal hipótesis no habría conflicto o dificultad alguna que prevenir, pues nadie puede pretender que a procesos iniciados bajo la vigencia de determinada norma no se le aplique ésta.

En mérito de lo expuesto la Sala decide que estuvo bien denegado por el Tribunal de Barranquilla el recurso de casación interpuesto por el Dr. Cubas Tatis y a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Notifíquese y comuníquese al Tribunal.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL Y TRATAMIENTO MEDICO, QUIRURGICO Y HOSPITALARIO.

El concepto de incapacidad sólo puede justipreciarlo el médico que estudia el caso particular con miras a determinar el origen y la naturaleza de la enfermedad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., ocho de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. José Eduardo Gnecco C.— Auxiliar de Casación Laboral).

ALFONSO BERNAL DE CASTRO de ~~la~~ a la sociedad denominada "BAVARIA S.A.", para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se la condene a pagarle: el valor del lucro cesante; de la remuneración por trabajo en dominicales y festivos; de la compensación de ocho días hábiles de vacaciones pendientes del año de 1958; del reajuste del auxilio de cesantía; del tratamiento médico, quirúrgico, farmacéutico y hospitalario a que haya lugar por concepto de enfermedades no profesionales; del auxilio monetario a que haya lugar por concepto de las mismas enfermedades; del auxilio de invalidez, petición subsidiaria de las dos anteriores; de la indemnización por mora y las costas del juicio.

Relata así los hechos el apoderado del demandante: "1o.— El doctor Alfonso Bernal de Castro trabajó al servicio de la sociedad demandada desde el 13 de octubre de 1947 hasta el 31 de diciembre de 1959, ambas fechas inclusive, en que fué despedido, sin justa causa, cuando desempeñaba el cargo de Gerente de la Fábrica de Honda y devengaba un salario mensual promedio de \$4.196.67.— 2o.— En la liquidación final de las acreencias laborales del doctor Alfonso Bernal de Castro la sociedad demandada no incluyó el valor de

ocho (8) días hábiles de vacaciones, nueve (9) comunes, que dejó de disfrutar, por determinación de ésta, durante el año de 1958.— 3o.— Tampoco se incluyó en esta liquidación el valor del trabajo desarrollado por el doctor Alfonso Bernal de Castro en domingos y días de fiesta durante los últimos cuatro (4) años de sus servicios.— 4o.— Como consecuencia de la omisión anterior, la sociedad demandada liquidó el auxilio de cesantía del doctor Alfonso Bernal de Castro en suma notoriamente menor de la que realmente se le adeudaba.— 5o.— En el momento de su despido, el doctor Alfonso Bernal de Castro padecía de enfermedades no profesionales, cuyos riesgos eran de cargo de la sociedad demandada, que lo incapacitaban para trabajar.— 6o.— La sociedad demandada se abstuvo de proporcionar al doctor Alfonso Bernal de Castro las prestaciones monetarias y asistenciales consiguientes, no obstante que encontró comprobadas aquellas enfermedades en el examen médico de egreso que le hizo practicar.— 7o.— El doctor Alfonso Bernal de Castro es Ingeniero Civil y las enfermedades de que padece, cuyos riesgos eran y son de cargo de la sociedad demandada, lo incapacitan temporal o permanentemente para el ejercicio de esa profesión.— 8o.— La sociedad demandada está incurso en mora injustificada de pagar al doctor Alfonso Bernal de Castro las prestaciones a que se contrae esta demanda, sin embargo de las reclamaciones formuladas por éste, ya directamente, ya por mi conducto".

Al contestar la demanda, el apoderado de la empresa demandada aceptó el hecho 1o. y negó los demás.— Propuso las excepciones

Dice el opositor al referirse al alcance de la impugnación, "La demandada, según aparece de los documentos acompañados al escrito que responde, ha efectuado una consignación, a favor de mi mandante, por el valor de las condenas en dinero efectivo que la sentencia gravada fulminó contra ella y, al tiempo con dicha consignación, ha manifestado estar dispuesta a suministrar a mi procurado el tratamiento médico para las enfermedades que padece y que dicha sentencia dedujo en su contra; manifestación y consignación hechas por la demandada "sin condición alguna". Resulta evidente, entonces, que carece ahora de interés legítimo para perseguir la casación del fallo de segunda instancia en lo referente a tales condenaciones. El interés legítimo que Bavaria S.A. pueda tener para esta demanda, queda reducido al necesario para tratar de obtener que se case el numeral 3o. de la sentencia recurrida, en cuanto por él se confirmó el literal e) del numeral primero de la de primer grado y para tratar de lograr que se revoque el citado literal y, en su lugar, se absuelva a la sociedad demandada de la petición de la demanda relativa a indemnización por mora".

Con base en la causal primera, el recurrente formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer Cargo.— "Acuso el fallo determinado en esta demanda por violación indirecta de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, que fueron aplicados indebidamente, a consecuencia de errores manifiestos de hecho que se produjeron por equivocada apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras.— Uno de los errores manifiestos de hecho consistió en dar por demostrado que el demandante se encontraba incapacitado para trabajar, para desempeñar sus labores, cuando se hallaba vinculado por una relación laboral a la demandada, en el momento de la terminación de su contrato de trabajo con Bavaria, S.A. y después de ese momento hasta por 180 días; y también consistió ese error de hecho en dar por establecido que ante la demandada se comprobó esa incapacidad, por los medios técnicos exigidos en la Ley. Además consistió ese error de hecho en dar por demostrado que ante la demandada se comprobó, en el momento de la terminación del contrato de trabajo entre ella y el actor,

que éste último necesitaba tratamiento médico, quirúrgico y hospitalario.— Las pruebas que equivocadamente se apreciaron en el fallo acusado de segunda instancia fueron los certificados o conceptos médicos que obran a los folios 68, 78 y 86 del expediente, de fechas 22 de enero de 1960, 1o. de diciembre de 1961 y 22 de febrero de 1962, firmados el primero por un médico de Bavaria y los otros dos por el Doctor Rodrigo Gómez Duque, Jefe de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo.— De esos certificados no se deducen los hechos o presupuestos necesarios para poder dar aplicación a los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, la incapacidad del actor para desempeñar sus labores durante 180 días, la incapacidad del demandante para ese mismo efecto en el momento de la terminación de su contrato laboral con la Empresa demandada y el hecho de que en ese mismo momento requería tratamiento médico, farmacéutico y hospitalario para determinadas dolencias.— El otro error de hecho consistió en no dar por establecido que el actor no se encontraba incapacitado para desempeñar sus labores mientras estuvo vinculado a la demandada por un contrato laboral y que tampoco lo estaba en el momento de la terminación de ese contrato, el día 31 de diciembre de 1959, puesto que desempeñó sus labores hasta esta fecha.— Las pruebas que dejó de apreciar el fallador para caer en el error a que se refiere el párrafo inmediatamente anterior fueron: la misma demanda inicial del juicio cuyo hecho primero afirma que el demandante trabajó en la Empresa hasta el 31 de diciembre de 1959, la inspección ocular de la cual resulta probada la misma circunstancia, la liquidación de prestaciones del actor y la absolución de posiciones del mismo demandante".

Al referirse el opositor a este cargo, dice que los certificados médicos acreditan que el demandante, al momento de ser despedido, padecía varias enfermedades no profesionales; que la demandada conoció la existencia de tales enfermedades, la merma de la capacidad laboral y la necesidad del tratamiento; y que en la época en que fue examinado por los médicos de la División de Medicina del Trabajo, tales enfermedades subsistían agravadas, y exigían tratamiento médico desde la fecha del retiro.

SE CONSIDERA:

Para llegar a la conclusión de que el demandante tenía derecho al auxilio por enfermedad no profesional y al tratamiento médico dijo el Tribunal: "Dispone el art. 57 del C.S. del T., en su numeral 7o. que el patrono está obligado a hacerle practicar al trabajador que lo solicite un examen sanitario y darle certificación sobre el particular, "si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta al médico respectivo para la práctica del examen a pesar de haber recibido la orden correspondiente".— Teniendo en cuenta, pues, el contenido de la norma legal, en parte transcrita, le corresponde a la Sala verificar un examen cuidadoso de las pruebas en orden a saber si se cumplieron los requisitos que allí se destacan.— A folio 63 de los autos aparece el examen médico de admisión practicado al demandante en el cual se hizo constar que era apto para ser admitido. En dicho certificado no figuran las enfermedades que el actor padece en la actualidad a excepción de las várices. A folio 68 figura el examen médico de retiro practicado en Honda, 17 días después de terminado el contrato de trabajo del cual es pertinente transcribir: "El 17 del presente mes y año practiqué examen médico de retiro al Dr. Luis Alfonso Bernal de Castro con el siguiente resultado: Amigdalitis hipertrófica críptica bilateral, hernia inguinal oblicua externa y várices en ambas piernas. Los anteriores datos son los positivos y como es el caso que aquí no se encuentran los datos del examen de admisión **NO PUEDO VALORARLOS CON FINES DE INDEMNIZACION O TRATAMIENTO RESPECTIVO** dejando como es lógico que la Superintendencia de Sanidad resuelva lo consiguiente". Es pertinente observar que al referirse a esta certificación, el apoderado de la demandada, en el alegato de conclusión formulado ante esta Superioridad dice que el Dr. Bernal de Castro tenía un término de cinco (5) días para presentarse al examen médico y que como no lo hizo dentro de este sino "22 días más tarde" (sic), para esa época ya había precluido la oportunidad que tenía para hacerse practicar el respectivo examen médico. Sobre cuáles fueron las circunstancias

que motivaron la tardanza en la realización de dicho examen, no existe en el informativo ni siquiera el más leve indicio, porque para saber si fue el actor quien incurrió en mora hubiera sido necesario demostrar que recibió oportunamente la orden correspondiente de parte del patrono, a pesar de lo cual no se presentó en tiempo. Por esta razón, los argumentos dados por el Dr. Miguel Antonio Cárdenas al referirse a este punto no pueden ser acogidos. Verdad es que en el examen médico que se examina se dijo que no se le podía formular tratamiento al demandante o señalar indemnización en virtud de que no se encontraba en ese momento el certificado de admisión. Empero, esta circunstancia no le impedía al médico señalarle la incapacidad respectiva en ese entonces porque la falta del certificado de admisión no era óbice para tal efecto. Sólo que si la empresa comprobaba, después, con apoyo en este último que el actor había renunciado a prestaciones que ocasionaran las enfermedades, no hubiera estado obligada a darlas posteriormente.— Además, es apenas elemental considerar que si el médico que le practicó en Honda el examen al actor, de que se da cuenta, consideró que no podía señalar indemnización o incapacidad alguna por no tener a la vista el examen médico de ingreso ha debido solicitarlo a la Superintendencia de Sanidad de la Empresa, o pedirle a esta última que procediera a practicarle nuevo examen para saber el grado de incapacidad en que pudiera encontrarse. Si no lo hizo así el trabajador no podía, posteriormente asumir el riesgo que de tal actitud pudiera surgir porque siendo el médico un representante o delegado de la entidad demandada, para estos efectos, estaba obligado a tomar todas las medidas del caso en orden a que las enfermedades que le encontró al actor y que fueron relacionadas en el certificado expedido por el mismo médico, pudieran ser tratadas con oportunidad. De ahí que la doctrina haya sostenido que el concepto de incapacidad sólo puede justipreciarlo el médico que "estudia el caso en particular con miras a la determinación del origen y naturaleza de la enfermedad y a las posibilidades de su curación **CON LA DEBIDA OPORTUNIDAD ANTES DE QUE SE CONFIGUREN MANIFESTACIONES DE GRAVEDAD FUTURA QUE ALTEREN LA NORMAL CAPACIDAD LABORAL**". (Las mayúsculas son de la Sala). Se dirá empero, que de

conformidad con el Art. 227 del C. S. del T. norma esta que sirvió de fundamento de derecho al actor para impetrar la petición que se estudia, el patrono solamente está obligado a suministrar los salarios de que allí se trata cuando existe "incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional". Y que como se alegó que a la fecha de terminación del contrato el demandante no le demostró a la empresa que hubiera estado en tratamiento médico ni que estuviese incapacitado, debe concluirse que mal podía aquella pagar el auxilio en dinero que por enfermedad ahora se reclama tanto más, si se tiene en cuenta que el actor al absolver posiciones confesó que hasta la fecha de terminación de su contrato de trabajo, laboró en forma ordinaria y normal. Pero ya se vió que fue el médico de la demandada quien no puso de su parte el cuidado necesario para que quedara bien clara la incapacidad y si había o no lugar a prestaciones médicas por este concepto.— Precisamente por esta omisión el mismo apoderado del actor al hacer la relación de los medios de prueba solicitó una pericia médica con vista en la historia clínica del actor y de su actual estado de salud a fin de establecer la incapacidad para trabajar en que se encontraba en el momento de su despido y actualmente. En efecto: A folio 86 aparece el certificado expedido por los médicos de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo, fechado el 22 de febrero de 1962, es decir, 2 años, 1 mes y 5 días después de habersele practicado el examen médico de retiro en el cual se lee: "En atención a que la solicitud en su atento oficio No. 33... en el sentido de que se amplíe el dictamen No. 604 ML de 1o. de diciembre de 1961 emitido por este despacho y referente al trabajador Alfonso Bernal de Castro nos permitimos manifestarle que teniendo en cuenta el certificado médico expedido al examen médico de retiro, en el cual consta que el Dr. Alfonso Bernal de Castro padecía: Amigdalitis hipertrófica y críptica, hernia oblicua externa derecha y várices en ambas piernas, enfermedades de carácter no profesional, se concluye que, en el momento del retiro el trabajador de la referencia se encontraba en incapacidad temporal". Y como el señor apoderado de la Empresa formuló algunas observaciones al certificado transcrito que dan a entender que bien pudiera resultar forzado

aseverar que por lo menos es bastante discutible que después de un año largo, se pudiera señalar una incapacidad, retroactivamente, es bueno hacer notar: ciertamente podría resultar contrario al buen sentido el aceptar que después del lapso indicado un médico pueda conceptuar sobre una incapacidad que no fue señalada por quien practicó el examen médico de retiro al actor.— Empero si se estudia este punto con atención esmerada y con el único deseo de acertar, la cuestión planteada por la empresa pierde todo poder de convicción.— En efecto: Los especialistas en medicina e higiene industrial han sostenido que el concepto de incapacidad de que tratan las leyes laborales debe ser considerado en forma suficientemente amplia que pueda producir las finalidades que el legislador ha previsto al otorgar las respectivas prestaciones e indemnizaciones por concepto de enfermedad, ciertos desequilibrios, apreciables a simple vista.— Por eso los entendidos en cuestiones médicas han dicho que "toda anomalía orgánica, por insignificante que parezca, es susceptible de influir en el equilibrio biológico, así sea por un simple complejo de preocupación".— De ahí que la realización total de las labores asignadas al trabajador no es el "criterio que debe servir de orientación para determinar la existencia de una incapacidad laboral.— Es un hecho constante y sabido que muchos trabajadores se sobreponen en sus esfuerzos para rendir un trabajo normal, a pesar de sufrir alguna merma de sus condiciones fisiológicas, debido a la necesidad de sostenerse en un cargo que constituye uno de los activos vitales de su subsistencia".— Es más: la hernia inguinal, según el concepto de médicos autorizados no siempre puede llegar a incapacitar totalmente a un trabajador.— Todo depende de las funciones que le hubieran sido asignadas.— Así por ejemplo: una persona destinada a trabajos pesados, que por lo mismo requieren grandes esfuerzos físicos estaría incapacitada para dedicarse a tales menesteres. El trabajador que padece de várices y que debe ejecutar trabajos que por su índole especial requieren que esté de pie como los vendedores de almacenes, para no citar más ejemplos, puede estar impedida para desarrollar esta labor. (Concepto, 24 Abr. 1956, D. del T. vol. XXIV, Nros. 142—144).— De todo lo anterior se tiene: Que sí es posible señalar una

incapacidad a un trabajador después de haber pasado determinado lapso a partir de la fecha de terminación del contrato si se tiene en cuenta las consideraciones, desde el punto de vista médico, hechas en el aparte anterior. Y como de otro lado los especialistas de la Sección de Medicina Laboral emitieron su dictamen con apoyo en el certificado médico de retiro del trabajador, en el cual se relacionaron las enfermedades padecidas por este a la terminación del contrato, y como se vió además que para señalar la incapacidad no es necesario que el empleado esté reducido a completa impotencia, vale decir, que esté guardando cama, bien se ve que no resulta desacertado el concepto que obra a folio 86 según el cual los médicos concluyeron que en el momento "del retiro, el trabajador de la referencia se encontraba en incapacidad temporal". Y no puede alegarse que la empresa solamente se vino a dar cuenta del estado de enfermedad en que se encontraba el actor, en el curso del presente juicio cuando ya le fueron practicados los exámenes por los médicos del Departamento de Medicina Laboral porque de autos aparece demostrado que el certificado de folio 68, lo envió el médico de Bavaria en Honda a la Superintendencia de Sanidad para que esta resolviera lo conveniente. Que esto fué así, se demuestra con la declaración de Lucy Barragán, Secretaria del Jefe del Departamento Médico de la entidad demandada en Bogotá, quien manifestó que los exámenes médicos de retiro de los trabajadores que prestan servicio fuera de esta ciudad son enviados a las oficinas de Bogotá para conocimiento del médico Jefe. Agrega la deponente que recuerda haber visto el examen del actor en las referidas oficinas. Corresponía, en consecuencia, a la demandada verificar todas aquellas diligencias conducentes a demostrar que estaba dispuesta a suministrar al demandante tanto el auxilio en dinero por incapacidad temporal como el tratamiento adecuado para las enfermedades por él padecidas, pues, demostrado su estado de salud, por el trabajador y conocido por la empresa, mediante el certificado de folio 68, ésta ha debido hacerle saber, por algún conducto, su intención de cumplir con las obligaciones impuestas por los Arts. 227 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, el hecho de que el extrabajador no se hubiera presentado a la empresa demandada

como lo afirmó el Médico Jefe de la misma en su declaración, no es argumento que pueda servir como causal exculpativa en favor de Bavaria S.A. pues, no debe perderse de vista que el demandante solamente estaba obligado a presentarse al examen médico de retiro para que, a su vez, como ya se dijo, el médico que expidió el certificado de folio 68 dictaminara si había o no lugar a incapacidad. Además importa destacar que aquél hubiera podido hacerlo sin tener a la vista el certificado de admisión. El hecho de que Bernal de Castro hubiera renunciado a las prestaciones y auxilios que pudieran surgir a consecuencia de determinadas enfermedades era cuestión de orden legal que podía servir a la empresa para exonerarse de ciertas obligaciones, pero enteramente ajena a la misma fijación de la incapacidad. Pero no obstante lo anterior ya se vió que no hubo tal renuncia y que además el actor sí se encontraba incapacitado en la fecha de la terminación del contrato.— Entonces debe concluirse que la entidad demandada está obligada a pagar al demandante el auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días de que trata el Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Hechas las operaciones aritméticas y teniendo en cuenta el salario demostrado en autos, el valor de la condena asciende a \$14.688.33, confirmándose así lo resuelto por el Juez a—quo.— Se depachará favorablemente también la condena relacionada con el suministro de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, a que haya lugar, hasta por seis (6) meses, en virtud de las enfermedades padecidas por el actor y con apoyo en el Art. 277 del C.S. del T. y en atención a que el tenor del Art. 195 de la misma obra, se presume que la empresa tiene el capital suficiente para responder por esta prestación. Se confirma, por tanto la decisión del Juzgador de Primer grado a este respecto".—

Ahora bien: el concepto médico que obra a folio 68, expedido por el médico de la empresa demandada el 22 de Enero de 1960, dictamina que el señor Luis Alfonso Bernal de Castro padece de "Amigdalitis hipertrófica críptica bilateral, hernia inguinal oblicua externa derecha y várices en ambas piernas". No se señala en este concepto la incapacidad del trabajador, ni el tratamiento que debe seguirse, por cuanto el médico que practicó el examen de retiro consideró que debían ser fijados por la Superintendencia de Sanidad de

la empresa, en donde debían encontrarse los datos del examen de admisión. El concepto emitido por el Jefe de Medicina Laboral, con fecha 1o. de diciembre de 1961, que obra a folio 78, dictamina que las enfermedades de que padece Bernal de Castro y que fueron descritas por el médico de la empresa, son de carácter no profesional y susceptibles de mejoría con tratamiento quirúrgico especializado. Agrega que Bernal de Castro se encuentra en incapacidad temporal. Por último, a folio 86, el mismo Jefe de la División de Medicina Laboral, con fecha febrero 22 de 1962, dictaminó lo siguiente: "teniendo en cuenta el certificado expedido al examen médico de retiro, en el cual consta que el Dr. Alfonso Bernal de Castro padecía: Amigdalitis hipertrófica y críptica; hernia inguinal oblicua externa derecha y várices en ambas piernas, enfermedades de carácter no profesional, se concluye que, en el momento del retiro, el trabajador de la referencia se encontraba en incapacidad temporal". Con base en estos documentos el *ad-quem* dedujo que Bernal de Castro estaba incapacitado para trabajar por enfermedad no profesional y que necesitaba tratamiento quirúrgico y asistencia médica cuando fué despedido por la empresa demandada. No sólo se atuvo el Tribunal al contenido de los dictámenes médicos sino que hizo un análisis crítico de dichas pruebas con base en razonamientos que no han sido desvirtuados por el acusador, y llegó a la conclusión de que era posible determinar, con posterioridad a la fecha del retiro, que Bernal de Castro sufría en el momento de ser despedido una enfermedad que lo incapacitaba temporalmente para el trabajo, susceptible de mejorarse por tratamiento médico quirúrgico, argumentos que reforzó con el análisis de la conducta adoptada por la empresa demandada al no señalar oportunamente las consecuencias laborales de la enfermedad que sufría Bernal de Castro, que fué dictaminada por el médico a su servicio. De manera que el Tribunal formó libremente su convencimiento, sin que la conclusión a que llegó sea notoriamente opuesta a lo que dicen las pruebas, y ajustándose en su decisión a los principios contenidos en el Art. 61 del Código de Procedimiento Laboral. No incurrió, por lo tanto, en el evidente error de hecho que le atribuye el acusador.

Segundo Cargo.— "Acuso el fallo de

segunda instancia, determinado en esta demanda, por violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que fué aplicado indebidamente, a consecuencia de error manifiesto de hecho que se produjo por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.— Consistió el error manifiesto de hecho en haber dado por establecido o demostrado que la demandada, a la terminación del contrato laboral que la vinculaba al actor, le debía auxilio monetario por enfermedad (artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo) y asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria también por enfermedad no profesional (artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo), y que al no pagar esas prestaciones fué renuente, temeraria y se puso en mora de hacerlo, procediendo de mala fé.— Las pruebas que equivocadamente se apreciaron para cometer el mencionado error fueron los conceptos o certificados médicos que obran a los folios 68, 78 y 86 del cuaderno principal del expediente, de fechas 22 de enero de 1960, 1o. de diciembre de 1961 y 22 de febrero de 1962, firmados el primero por un médico de Bavaria y los otros dos por el Dr. Rodrigo Gómez Duque, Jefe de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo.— Con el certificado que obra al folio 68, de fecha enero 22 de 1960, firmado por un médico de la Empresa demandada no se puede probar que ella debiera las mencionadas prestaciones, a la terminación del contrato laboral con el actor, porque ese certificado es 22 días posterior a la terminación del contrato laboral entre demandante y demandada, porque en ese certificado no se le da ninguna incapacidad al actor para desempeñar sus funciones y porque tampoco se prescribe en el mismo ningún tratamiento médico concreto, es decir, en dicho concepto médico no se establecen los requisitos necesarios que indican los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo para que se causen a favor del trabajador las prestaciones allí establecidas. Por consiguiente, a la terminación del contrato no se le comprobó a la Empresa que estuviera debiendo al actor las prestaciones de que se trata.— Con los certificados o dictámenes médicos que obran a los folios 78 y 86 del expediente, firmados por el Jefe de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo, de fechas 1o. de diciembre de 1961 y 22 de febrero de 1962

tampoco puede establecerse que la Empresa estuviera debiendo las prestaciones de que se trata al actor, a la terminación de su contrato de trabajo, porque esos dictámenes son en muchos meses posteriores a tal terminación y porque no indican concretamente un determinado lapso de incapacidad, es decir, con base en esos conceptos médicos no puede afirmarse que a la terminación del contrato de trabajo con el actor la Empresa demandada supiera que le estaba debiendo auxilio monetario por enfermedad, y menos por un lapso de 180 días, como tampoco que se le estuviera debiendo asistencia médica quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria. Si se les diera algún valor probatorio a esos conceptos, si se les tuviera como suficientes para estructurar los derechos que consagran los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, ello hubiera ocurrido, no a la terminación del contrato laboral con el actor, sino mucho tiempo después, cuando se expidieron esos certificados.— La sanción moratoria que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo se impone por falta de pago de prestaciones y salarios que se deban a la terminación del contrato de trabajo, que ya se hayan estructurado y comprobado al tiempo de esa terminación, que ya se hayan causado, de cuya existencia tenga conocimiento el patrón, porque de lo contrario no se puede hablar de mora, ni de renuencia a su pago, ni de mala fé, ni de temeridad del patrón. Cómo es posible que se condene a un patrono a pagar una sanción moratoria por no cubrir a la terminación del contrato laboral un auxilio por enfermedad, por un lapso de 180 días, si a la terminación del contrato por ningún medio técnico se ha fijado esa incapacidad ni se hubiera podido fijar con esa anticipación respecto de una época futura contada a partir de la terminación del vínculo laboral? Las pruebas que se dejaron de apreciar para cometer el error manifiesto de hecho a que vengo refiriéndome fueron: la demanda inicial del juicio (hecho primero), la absolucón de posiciones del actor, la inspección ocular y la liquidación de prestaciones del demandante, de todas las cuales se desprende que el Dr. Bernal de Castro desempeñó en la demandada sus labores hasta el 31 de diciembre de 1959, día de la terminación de su contrato de trabajo. Esto significa que ante la Empresa, no se encontraba incapacitado para trabajar. Y si

a esto se suma que ante la demandada, a la terminación del contrato de trabajo, no se mostró esa incapacidad, no puede menos de admitirse que resalta la ausencia de mala fé o de renuencia o de temeridad en la misma demandada, lo que conduce a la imposibilidad jurídica de sancionarla con fundamento en el precepto del citado artículo 65”.

En relación con la buena fé de la empresa demandada, dice el recurrente que el Magistrado disidente hizo una convincente exposición, cuyos apartes transcribe.

SE CONSIDERA:

El Tribunal, al referirse a la obligación de la empresa demandada de satisfacer las prestaciones provenientes de la enfermedad no profesional que padecía el demandante, estimó que el médico de la empresa había practicado el examen a que se refiere la obligación 7a. del artículo 57 del C.S. del T. Luego, al estudiar la indemnización por mora, dijo lo siguiente: “Si como ya se vió, en los apartes anteriores, la demandada obró con manifiesto descuido y falta de interés al no suministrar, a la terminación del contrato el auxilio en dinero por la incapacidad, o en defecto de este, por lo menos suministrar al actor, la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria a que hubiera lugar, forzoso es concluir que con dicha actitud demostró ser renuente al cumplimiento de dichas obligaciones. No podía haber duda acerca de la existencia de las enfermedades padecidas por el demandante si se considera que el médico de la empresa no sólo las pudo verificar sino que las relacionó, en forma expresa, en el certificado de folio 68. Esto indica que la demandada incurrió en mora porque, se repite, que a partir de la fecha en que se hizo el examen médico de retiro estaba obligada; de conformidad con la ley sustantiva del trabajo, a pagar las prestaciones a que dan lugar las enfermedades padecidas por el extrabajador. Luego, si la sociedad demandada no obstante haberse enterado de las circunstancias en que se encontraba el demandante a la terminación del contrato, no hizo la menor diligencia en orden a acatar la ley laboral en el sentido ya indicado, elemental es concluir que se colocó en una situación de franca temeridad, de ostensible renuencia, que da lugar a que la Sala aplique la sanción de que trata el Art. 65 del Código

Sustantivo del Trabajo, confirmándose, por consiguiente, la decisión del Juez de primer grado a este respecto”.

Como puede observarse el Tribunal estimó que el patrono estaba obligado a pagar las prestaciones a que dan lugar las enfermedades padecidas por el trabajador a partir de la fecha en que se le hizo el examen médico de retiro y que enterado de esta situación no hizo la menor diligencia para cumplir sus obligaciones. Sin embargo, con base en el dictamen del médico de la empresa, se observa que el patrono no podía conocer cuales eran sus obligaciones a la terminación del contrato, puesto que en dicho certificado no está determinada la incapacidad que sufría el trabajador. No son las enfermedades las que dan derecho al auxilio monetario, a la asistencia médica y demás, sino la incapacidad que ellas originan, tal como se desprende de los artículos 214, 227 y 277 del C. S. del T. De manera que tiene razón el recurrente al decir que el patrono no podía cumplir sus obligaciones a la terminación del contrato, en relación con las enfermedades sufridas por el trabajador, pues ignoraba que éstas lo hubiesen incapacitado. Por lo tanto el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al dar por establecido que a la terminación del contrato, en vista del dictamen de su propio médico, la empresa tuvo conocimiento de que le debía al demandante las prestaciones a que fué condenada por la sentencia recurrida. Mas este error no conduce a la infirmación total de la sentencia recurrida, pues sólo incide en el punto de partida para el cómputo de la condena indemnizatoria, por las razones que a continuación se expresan y que sirven de motivación al fallo que dictará la Corte en función de instancia.

Dispone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que si a la terminación del vínculo contractual el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario por cada día de retardo. Pero el rigor literal de la norma debe ser atemperado por los principios de la sana hermenéutica.

Ahora bien, tratándose de derechos que se causan con la sola prestación de servicios y se liquidan de acuerdo con el sueldo devengado y el tiempo transcurrido durante la relación laboral, el patrono está obligado a cancelar su

valor a la terminación del contrato de trabajo, porque no puede ignorar cuáles se han causado, ni su cuantía. Mas en relación con los que en ese momento no se han precisado todavía, como son, entre otros, aquellos que se determinan en virtud de exámenes médicos que se le practican al trabajador con posterioridad a la terminación del contrato, es apenas lógico que el patrono goce de un plazo prudencial para cancelarlos, que naturalmente no podrá exceder de la fecha en que tenga conocimiento de sus obligaciones a través de los correspondientes dictámenes médico-laborales, y es a partir de esa fecha cuando incurre en mora si no los satisface.

De otro lado, si hasta el último instante de su vinculación con la Empresa el trabajador desempeña la labor habitual, aún sintiéndose enfermo, no se presume que está incapacitado; pero al establecerse posteriormente dicha incapacidad y sus consecuencias laborales, el patrono queda obligado a satisfacer las prestaciones que se deriven de aquella situación, aunque es obvio que sólo se hacen exigibles desde que fueren claramente determinadas, y en consecuencia la mora comienza desde esa fecha. Lo contrario llevaría a sancionar al patrono por el incumplimiento de obligaciones que le son desconocidas, y que está por lo tanto en imposibilidad de cumplir.

Desde luego, conforme al inciso final del mismo precepto, también se incurre en la sanción moratoria cuando el patrono omite el examen médico y el certificado respectivo, regulados en el ordinal 7o. del Art. 57 del Código Laboral. Pero ello está condicionado a que el trabajador “lo solicite, a la expiración del contrato”, y la carga de la prueba del cumplimiento de la condición pesa sobre el trabajador, porque la ley no ha instituido su presunción.

Al analizar el caso de autos a la luz de estos presupuestos legales y doctrinarios, se encuentra que el actor desempeñó su labor habitual hasta el último instante de su vinculación (fs. 54); que ni el sentenciador da por demostrado que aquél pidiera su examen médico y su certificado, ni se descubre en el expediente la prueba de tal pedimento; y que el examen practicado días después del retiro sólo habla de lesiones orgánicas o enfermedades, pero no de incapacidad para el trabajo (f. 68).

Sin embargo, se vió al estudiar el segundo cargo que el Tribunal dió validez a los

dictámenes emanados de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo y como el último de éstos, el expedido el 22 de febrero de 1962, determinó que el demandante se encontraba incapacitado temporalmente para trabajar en el momento de su retiro, fue sólo a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de ese dictamen, o sea el 1.º de marzo de 1962 (f.88 del primer cuaderno), cuando pudo cumplir la obligación de satisfacer las prestaciones tanto asistenciales como económicas, derivadas de la incapacidad del demandante, hasta entonces ignorada por la empresa, y al no satisfacerlas oportunamente quedó constituida en mora, haciéndose por tanto acreedora a la sanción impuesta por el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En este sentido se casará parcialmente la sentencia recurrida y en función de instancia se reformará la de primer grado en lo pertinente.

TERCER CARGO.—

Acuso el fallo determinado en esta demanda de ser violatorio, por infracción directa, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue aplicado indebidamente, por que al confirmar el ordinal e) del numeral 1.º del fallo de primera instancia, condena a la demandada a pagar al demandante “la suma de ciento treinta y nueve pesos con 88/100 (\$139.88) M/cte., diarios a partir del día 1.º de enero de 1960 y hasta cuando el pago de lo debido se verifique, a título de indemnización moratoria”.— Entre lo debido, según las partes resolutivas de las sentencias de primera y de segunda instancia se encuentra una suma por concepto de lucro cesante, que constituye una indemnización. Como el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, según la constante jurisprudencia, impone una sanción moratoria para el caso de falta de pago de salarios y prestaciones pero no de indemnizaciones, como la del artículo 64 por lucro cesante, el fallo acusado viola, sin lugar a dudas el citado artículo 65”.—

CUARTO CARGO.—

“Acuso el fallo determinado en esta demanda de ser violatorio por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue aplicado indebidamente, porque al confirmar el ordinal e) del numeral 1.º de la parte resolutive del fallo de primera instancia condena a la demandada a pagar al demandante “la suma de ciento treinta y nueve pesos con 88/100 (\$139.88) M/cte.,

diarios a partir del día 1.º de enero de 1960 y hasta cuando el pago de lo debido se verifique, a título de indemnización moratoria”.— Entre lo debido, según las partes resolutivas de las sentencias de primera y de segunda instancia se encuentra una suma por concepto de lucro cesante, que constituye una indemnización. Como el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, según la constante jurisprudencia, impone una sanción moratoria para el caso de falta de pago de salarios y prestaciones pero no de indemnizaciones, como la del artículo 64 por lucro cesante, el fallo acusado viola, sin lugar a dudas, el citado artículo 65, por haberlo interpretado erróneamente, al entender que la sanción que consagra puede aplicarse en el caso de mora en el pago de indemnizaciones debidas al trabajador.— Como consideración final me permito manifestar que no es muy jurídico condenar al pago de indemnización moratoria hasta cuando se verifique el pago de lo debido, sino que también debe decirse, a manera de alternativa, o hasta cuando se haga la consignación de lo debido, o hasta cuando se haya hecho tal consignación, o se notifique al trabajador que el patrón está dispuesto a cumplir la obligación de hacer si de una de estas obligaciones se trata. Es plenamente jurídico y justo consignar esa alternativa, en vista de las normas de nuestro Código Procesal del Trabajo y de lo dispuesto en el mismo artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.— En el caso de que se trata, precisamente la demandada, según se deduce de las copias de las diligencias de consignación a favor del actor que, debidamente autenticadas en copia acompaño a esta demanda, consignó en favor del demandante, tanto en Honda como en Bogotá, no obstante no estar de acuerdo con los fallos de 1.ª y de 2.ª instancia, la suma de veintitrés mil doscientos cincuenta y seis pesos con 90/100 (\$23.256.90) M/cte., correspondiente a indemnización por lucro cesante y auxilio monetario por enfermedad profesional. También pidió la Empresa demandada en el memorial de consignación de prestaciones que se hiciera saber al Dr. Alfonso Bernal de Castro que la misma demandada estaba dispuesta a suministrarle el tratamiento médico, quirúrgico, farmacéutico y hospitalario para las enfermedades que padece según los certificados de los médicos de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio

del Trabajo. El actor, Dr. Bernal de Castro fue notificado de este ofrecimiento de la demandada, pero no ha comparecido a ninguna de las oficinas de la Empresa para hacer efectivo este ofrecimiento de la Compañía, ni tampoco ha retirado la consignada suma en su favor.— Este proceder de la Empresa acredita una vez más la buena fe de la misma”.—

SE CONSIDERA:

Como bien lo dice el impugnador el artículo 65 del C.S. del T. establece la indemnización equivalente a un salario diario por cada día de retardo en el pago de los salarios y prestaciones sociales, expresión que no incluye, y así lo tiene dicho la jurisprudencia, la mora en el pago de las indemnizaciones. Por otra parte la consignación del valor de los salarios y prestaciones sociales que confiese deber el patrono, interrumpe la mora originada por el no pago oportuno.— Sin embargo, ni en el caso sub-lite el Tribunal se limitó a decir en la parte resolutive que condenaba a la empresa demandada a pagar el salario a partir de la fecha de terminación del contrato y “hasta cuando el pago de lo debido se verifique, a título de indemnización moratoria”, tal decisión no viola el artículo 65 del C. S. del T., por cuanto entre las condenas, además de la correspondiente a la indemnización por

lucro cesante están comprendidas otras por prestaciones sociales, y porque la consignación de lo debido, aún cuando no configure propiamente un pago, tiene los mismos efectos de éste para interrumpir la mora.— En consecuencia no prosperan los cargos tercero y cuarto.—

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto confirma el ordinal e)— del punto 1o. del fallo de primer grado, y en función de instancia, REFORMA el ordinal e)— del punto 1o. del fallo de primer grado en el sentido de que la condena por mora en el pago de que allí se trata, empezará a contarse no desde el 1o. de enero de 1960, sino a partir del día 1o. de marzo de 1962. No se casa en lo demás. Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.—

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



LA CORTE DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ARMENIA, CON BASE EN LA CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR, A QUE SE REFIERE EL PRECEPTO DEL ART. 59 DEL DECRETO 528 DE 1964.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., junio diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Por haber denegado el Tribunal de Armenia el recurso de casación que interpusiera la Empresa Eléctrica del Quindío —parte demandada— contra la sentencia que puso fin a la segunda instancia del ordinario promovido por Arcesio Castaño, recurre de hecho ante esta Corporación dicha sociedad, presentando las copias de rigor y un memorial sustentatorio del recurso.

La sentencia del Tribunal confirmó la del juez de primer grado, que había condenado a la demandada a pagar la suma total de \$8.400.90.

El Tribunal denegó el recurso en atención a que, de conformidad con el art. 59 del Decreto 528 de 1964, la cuantía del interés para recurrir en casación no llegaba a la señalada en dicho precepto, el cual entró a regir el 1.º de agosto de 1965.

En su memorial ante la Sala, el recurrente, en síntesis, alega que una cosa son las cuestiones atinentes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, respecto a las cuales rige inmediatamente la ley nueva, a tenor del art. 40 de la Ley 153 de 1887, y otra las que conciernen a las cuestiones de fondo, de carácter sustantivo, entre las cuales sitúa el factor cuantía para la interpretación de un recurso como el de casación, con relación a las cuales no rige la ley nueva sino la antigua.

SE CONSIDERA:

Es evidente que al hablar el art. 40 de la Ley 153 de 1887 de “las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios”, para hacerlas aplicables de inmediato, con preferencia a la ley antigua y con las

excepciones que allí mismo indica, se está refiriendo en general a las leyes procesales en sentido amplio. Y por otra parte, es igualmente palmario que los preceptos que determinan las cuantías para la interposición de determinados recursos, son de naturaleza procesal. De consiguiente son de aplicación inmediata, con las salvedades que el citado art. 40 establece.

La sentencia contra la cual se interpuso el recurso de casación fue expedida el 15 de abril del cursante año, y el art. 59 del Decreto 528 de 1964 entró a regir el primer día de agosto de 1965, como ya se dijo. No hay pues, la menor duda de que debía aplicarse al presente caso, como quiera que la cuantía del interés del recurrente no llegaba a \$30.000.00.

Por lo demás, y con relación a otro aspecto que ofrece a la consideración del juzgador el art. 40 de la Ley 153 de 1887, esta Sala, en providencia de ocho de junio de 1966 dijo: “El recurrente interpreta el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de asimilar el vocablo “actuaciones” a todo el juicio o proceso. Pero esta interpretación, contraria a la generalmente admitida por la jurisprudencia, no cuadra con los claros términos del artículo, ya que no tendría sentido que al lado de “diligencias” y “términos”, que inequívocamente designan elementos integradores del proceso, se hablara del proceso mismo, tomado en su totalidad bajo la denominación de “diligencias”.

“Por otra parte, de considerarse que las leyes procesales nuevas no deben aplicarse a los juicios pendientes, sobraría el artículo puesto que en tal hipótesis no habría conflicto o dificultad alguna que prevenir, pues nadie puede pretender que a procesos iniciados bajo la vigencia de determinada norma no se le aplique ésta”.

En mérito de lo expuesto la Sala decide que estuvo bien denegado por el Tribunal de

Armenia el recurso de casación interpuesto por el Dr. Muñoz Cajiao y a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE AL TRIBUNAL.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

ERROR PROTUBERANTE DE HECHO.— PRESUNCIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.— CESANTÍA Y PRIMA DE SERVICIOS.— ESTIMACION DE LAS PRUEBAS POR EL JUZGADOR LABORAL.— PRETENDIDA INFRACCIÓN DEL ART. 65 DEL C.S. del T.

La amplitud de que goza el juzgador laboral para la estimación de las pruebas, sin sujeción a tarifa legal, conforme al Art. 61 del C.P.L., es mucha pero no ilimitada como lo ha declarado la Jurisprudencia de la Corte, "al lado del principio del libre convencimiento se añade el de la persuasión racional, al exigirse al fallador que haga la evaluación de la prueba inspirándose en los fundamentos universales de la crítica probatoria para la formación del criterio que debe llevarlo a establecer la verdad legal". (Casación de 17 de diciembre de 1949, G. del T., T. IV, Pág. 1054).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., Junio trece de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

GABRIEL ROMERO demandó a MARGOT LATORRE y SEVERO CEBALLOS ante el Juzgado del Trabajo de Santa Marta por salarios; prestaciones e indemnizaciones laborales, afirmando haber sido trabajador dependiente de ambos como cantinero de una "casa de lenocinio" que explotaban en esa ciudad y haber sido despedido sin justa causa. La LATORRE admitió ser única propietaria del establecimiento y haber contratado a ROMERO para la cantina pero negó que el contrato con éste fuera de trabajo pues le dejó la más completa autonomía en el manejo del negocio a condición de repartirse entre ambos sus eventuales utilidades. Culminó la primera instancia del juicio con sentencia absolutoria para los demandados, porque el *a-quo*, calificando la relación discutida como de naturaleza laboral, no encontró establecida la cuantía del correspondiente salario. Apelada tal decisión por el actor, el Tribunal Superior de Santa Marta la confirmó, aunque no por la falta de prueba respecto de la cuantía del salario sino por estimar que ROMERO fue un

trabajador independiente. Es este fallo del Tribunal Superior el que viene ahora acusado en casación por el mismo ROMERO.

Fija así el recurrente el alcance de su impugnación:

"Que la Honorable Sala, obrando como Tribunal de instancia revoque la sentencia de segunda instancia de veintitrés (23) de mayo de mil novecientos sesenta y dos—folios 101 a 109— y en su lugar condene a la parte opositora, solidariamente, por las siguientes obligaciones laborales originadas en el contrato de trabajo que ligó a las mismas partes litigantes dentro del presente proceso:

"1.— Cesantía definitiva por siete (7) meses y tres (3) días de servicios tomando como base el salario mínimo legal que regía por la época en que terminó el contrato de trabajo, o sea a razón de CUATRO PESOS SESENTA CENTAVOS (\$4.60 M.C.), o sea a CIENTO TREINTA Y OCHO PESOS (\$138.00) M.C., lo que da un total de OCHENTA Y UN PESOS CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$81.58) M.C., por este concepto de cesantía.

"2a.— Quince (15) días de prima de servicios correspondiente al primer semestre del año de mil novecientos cincuenta y siete (1957), con la misma base anterior del salario mínimo legal, la suma de SESENTA Y NUEVE PESOS (\$69.00) M.C., por esta obligación laboral.

"3a.— Salarios caídos o sanción moratoria, la suma de CUATRO PESOS SESENTA CENTAVOS (\$4.60) M.C., desde el ocho (8) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), hasta la fecha o día en que los demandados le cancelen completamente las obligaciones laborales anteriores".

Al efecto, formula contra dicha sentencia dos cargos: el primero, por vía indirecta, circunscrito al aspecto de la cesantía y la prima de servicios reclamadas, y el segundo, "por violación directa del Art. 65 del CST, en que incurrió el *ad-quem* al haber dejado de

aplicar esta disposición, independientemente considerada de toda situación de hecho o probatoria", referente a la indemnización por mora en el pago de las aludidas prestaciones.

El Primer Cargo reza: "Primera causal del Art. 87 del C.P.T., por violación indirecta o de medio en que incurrió el *ad-quem*, originada por error evidente de hecho, al haber interpretado errónea o equivocadamente las siguientes pruebas: a). La aceptación que dió la parte demandada al segundo (2o.) hecho del libelo inicial, pues en vez de deducir o concluir de allí que se trata de un contrato de trabajo, hizo lo contrario para decir que era un contrato de calidad o naturaleza distinta; b). Las respuestas dadas por Margot Latorre, demandada solidaria, al cuadro de posiciones, a las preguntas primera (1a.) que fue negativa y tercera (3a.) en que la misma aceptó el tiempo de servicios del actor, y, c). Las declaraciones judiciales de los presentados por la parte opositora MANUEL SALVADOR SUAREZ MOVIL y GREGORIO PEREZ; folios 12, 34, 58 a 62, 62 a 66, en su orden; por falta de apreciación de las siguientes pruebas: 1a.— Los dos (2) recibos que en originales obran a los folios 11 y 10 en que constan los pagos de los salarios del actor representados en porcentajes sobre las ventas de licores y bebidas, suscritos por el actor y representados por la parte opositora; 2a.— La diligencia de inspección ocular que obra a los folios 31 a 33, y, 3a.— La confesión hecha por la demandada solidaria MARGOT LATORRE cuando dió respuesta al cuadro de posiciones judiciales a las siguientes preguntas contentivas de dicho cuadro: 6a., 8a., 9a., 10a., 11a., 15a., 16a., 17a., y 18a., folios 34 a 38 del cuaderno principal; actuación ésta del *ad-quem* que trajo como consecuencia necesaria la aludida violación indirecta y la cual aparece a primera vista y que implica la infracción de las siguientes disposiciones sustantivas de carácter laboral: Arts. 3o., 5o., 14, 22, 23, 24, 27, 28, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 45, 47, 49, 54, 55, 61, 64, 127, 130, 132, 133, 134, 138, 139, 140, 141, 142, 144 a 148 del C.S.T., Decreto No. 2118 de 1956, Decreto No. 2214 de 1956, Decreto No. 118 de 1957, Arts.: 249 a 258, 306 a 308 del C.S.T.; Arts. 4o. y 10o. de la Ley 187 de 1959".

Para sustentarlo, el acusador dice que "importa, en primer lugar, saber si realmente se configuró el contrato de trabajo entre las

partes litigantes y si la parte opositora logró desvirtuar o echar por tierra la presunción legal consagrada por el Art. 24 del C.S.T.". Y entra en seguida a un dilatado análisis de las pruebas ya mencionadas, sin volver a ocuparse en las mencionadas disposiciones cuya violación pretende demostrar, concluyendo:

"Está demostrado que el actor recibió en dos oportunidades, por lo menos, sumas correspondientes a su salario o retribución por el desempeño del cargo de Administrador; pero, desafortunadamente no se probó el salario en todo el tiempo de servicios confesado por la demandada y por el apoderado especial de ésta. Se hacía necesario, tanto para el *a-quo* y especialmente para el *ad-quem*, haberle dado aplicación al salario mínimo, vigente en el Departamento del Magdalena, para la zona urbana, tomándolo como base para liquidar las prestaciones sociales causadas a dicho tiempo conforme al C.S.T. y a las disposiciones reglamentarias y concordantes de dicha obra. Esta fue la otra violación del *ad-quem* de la calidad indicada.

"La parte deudora; además, aceptó no haberle pagado al actor prestación social alguna, luego establecidos los extremos del contrato de trabajo se hace imperativa la condena de las dos condenas que incluye el alcance de la impugnación, en cuanto a prestaciones sociales se refiere —cesantía y prima de servicios.

"El *ad-quem*, al mismo tiempo incurrió en la infracción de hecho de la ley o de medio al haber obrado frente a las pruebas como ya extensamente se expuso. De aquí, que, demostró el hecho de la existencia del contrato de trabajo entre las partes, esta H. Sala profiera las condenas en cuanto a las prestaciones sociales aludidas".

SE CONSIDERA:

El *ad-quem*, para motivar su decisión, dice que "analizando los elementos probatorios a que alude" el fallo de primer grado (o sean, la respuesta a la demanda, los documentos de fs. 10 y 11, las posiciones absueltas por la Latorre y los testimonios de Manuel Salvador Suárez y Gregorio Pérez) "se saca en conclusión que no hay tal que de ellos se desprenda que entre el demandante Gabriel Romero y la demandada Margot Latorre haya tenido existencia un contrato individual de

trabajo, pues se trata de uno de carácter meramente civil, esto es, de derecho común". Examina en seguida la contestación de la demanda y las respuestas de Margot Latorre al cuestionario de posiciones, en donde esta última afirma que Romero gozaba de autonomía en el manejo de la cantina, y agrega:

"Según los testimonios de Manuel Salvador Suárez Movil (folio 58 a 62), Gabriel Romero era un contratista de la casa para trabajar de noche y él cerraba a la hora que le provocaba; tenía para atender el negocio de la venta de licores en El Rosedal a dos meseros, a los cuales él les pagaba su remuneración a la hora que cerraba; él compraba para vender en el establecimiento los licores, cervezas, gaseosas y otros.

"Y según el testimonio de Gregorio Pérez (folio 62 a 66), para él el señor Gabriel Romero, en la forma como lo vió trabajando allí, fue un tipo que no es empleado; él tenía como un contrato en forma de que trabajaba hasta la hora que le daba la gana, porque el negocio era como de él, tenía trabajadores en el establecimiento de El Rosedal, inclusive que los cambiaba constantemente, pues no los tenía fijos; él compraba y vendía licores en el establecimiento; vendía cerveza, Whisky, ron caldas, gaseosas, cigarrillos, fósforos; estaba allí como dueño; él tenía ese negocio como propio; en unas dos o tres ocasiones, le consta por haberlo visto, que después de él hacer las cuentas particulares de su negocio que tenía en el establecimiento le pagaba a la señora Margot Latorre no sabe por qué concepto de alquiler o de que otra cosa.

"Como se ve, de los anteriores elementos probatorios resulta claramente evidenciado que el demandante Gabriel Romero prestó servicios en el Bar del establecimiento de la demandada Margot Latorre personalmente y con personal costeadado por él; ejercía allí sus funciones con absoluta autonomía, sin subordinación alguna a ella, y esto indica que era un trabajador independiente, libre, no dependiente, ni subordinado a patrono alguno".

Los dos primeros elementos de prueba mencionados apenas acreditan la prestación personal de servicios por Romero y no su sujeción a las órdenes de Margot Latorre, como lo sostiene el recurrente; pero éste tiene razón cuando afirma que basta la aceptación de aquel hecho por la parte demandada para

que opere en favor del actor la presunción de subordinación instituida en el Art. 24 del CST, circunstancia importantísima en los juicios del trabajo que no le merece ningún comentario al sentenciador aunque tampoco la niega. Como la demostración de la autonomía de Romero no podría derivarse de la simple aseveración de su contraparte, la convicción del Tribunal queda sólo apoyada en los aludidos testimonios, cuya equivocada estimación invoca el impugnante. Para ponderar la acusación, conviene transcribirlos:

Dijo el testigo Suárez: "Soy Manuel Salvador Suárez Movil, natural y vecino de Santa Marta, sé leer y escribir, de 40 años de edad, soltero, de ocupación carpintero, y sin generales de ley con las partes ni su apoderado".— Leída su respuesta, la aprobó.—

Interrogado el testigo sobre las respuestas dadas a los hechos de la demanda, por parte del doctor Vives Echeverría, CONTESTO: "Sólo lo veía hacer una lista de tarde, de seis y media a siete de la noche, a Gabriel Romero, de sus mesas y su trago que tenía para la noche y quehaceres de cantina, para mí él era un contratista de la casa para trabajar de noche y él cerraba a la hora que le provocaba; también me consta que él tenía para atender el negocio de la venta de licores en El Rosedal, a dos meseros, a los cuales él les pagaba su remuneración a la hora que cerraba; también me consta que él compraba para vender en el establecimiento los licores, cervezas, gaseosas y otros. Me consta lo dicho anteriormente porque yo visitaba el establecimiento, en calidad de cliente y por esa razón me pude dar cuenta de lo que acabo de afirmar. No me consta que Gabriel Romero hubiera recibido remuneración alguna como trabajador del establecimiento El Rosedal, de parte de la señora Margot Latorre y del señor Ceballos, así como tampoco que ellos le pagaran algún porcentaje sobre las ventas que él hiciera en el establecimiento de los licores, cervezas y gaseosas, etc.".— Leída su respuesta la aprobó.— En este estado el señor apoderado de la parte demandante, repreguntó el testigo, así: 'REPREGUNTADO: 'Diga el testigo qué clase de relaciones de amistad tiene usted con los señores Severo Ceballos y Margot Latorre?', CONTESTO: 'No tengo ninguna clase de amistad con ellos'. Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo, cuánto hace que conoce al señor Gabriel Romero y qué clase de

relaciones de amistad tiene con él?— CONTESTO: 'Lo conocí allá en la estación de Sevilla cuando trabajaba con el ferrocarril empleado de la bodega, en no sé qué puesto. Amistad no tengo con él'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'A qué horas de la noche acostumbraba ir usted al establecimiento de Margot Latorre?— CONTESTO: 'A las seis y media, siete u ocho de la noche, de vez en cuando'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo qué tiempo más o menos aproximadamente duraba usted en el establecimiento de Margot Latorre cuando llegaba a él?'.— CONTESTO: 'Yo duraba en el establecimiento cuatro o cinco horas'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si lo recuerda, en compañía de qué personas llegaba usted al establecimiento de Margot Latorre, las veces que llegó a él?'.— CONTESTO: 'Llegué a ir en compañía de un primo mío, Juan Suárez y un chófer de plaza'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en la actualidad sigue frecuentando el establecimiento de Margot Latorre y a qué horas del día o de la noche llega a él?'.— CONTESTO: 'Tengo como dos o tres meses que no voy por allá'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo en qué clase de actividades se ocupa?'.— CONTESTO: 'Soy carpintero'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si trabaja por su cuenta propia o en algún establecimiento?'.— CONTESTO: 'Trabajo por mi cuenta propia'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si es casado y si tiene hijos?'.— CONTESTO: 'Soy soltero, no tengo hijos'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en alguna ocasión llegó a ir al establecimiento de Margot Latorre a horas distintas de las seis, siete u ocho de la noche?'.— CONTESTO: 'Sí llegué a presentarme a las dos de la mañana o a la una y a veces estaba cerrado el establecimiento'.— Leída su respuesta la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en alguna ocasión se ha presentado al establecimiento de Margot Latorre entre las ocho de la mañana y las seis y media de la tarde?'.— CONTESTO: 'Sí llegué a ir como un domingo como a las nueve de la mañana, creo que una o dos veces'.— Leída su

respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en ésa una o dos ocasiones que se presentó al establecimiento de Margot Latorre en las horas de la mañana, encontró allí al señor Gabriel Romero?'.— CONTESTO: 'Nunca me vendieron porque no había quién atendiera el negocio'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo a qué horas acostúmbra en el establecimiento de Margot Latorre a comprar los licores y demás enseres para la cantina?'.— CONTESTO: 'A veces a las seis y media llegué a ver desembarcar gaseosas y cervezas, lo demás no me consta'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo, si cuando llegaban esos camiones con gaseosas y cervezas al establecimiento de Margot Latorre se encontraba, el señor Ceballos Severo y la señora Margot Latorre, o ambos?'.— CONTESTO: 'A veces ésta llegaba a ver al cantinero al señor Gabriel que era el que estaba encargado de la tienda y era al que veía recibir la gaseosa'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en las ocasiones que usted logró ver que llegaban camiones con cervezas y gaseosas para el establecimiento de Margot Latorre, estos licores o gaseosas eran pagados inmediatamente y en presencia suya?'.— CONTESTO: 'No me consta'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en alguna ocasión usted se dió cuenta porque lo presenciara que Gabriel Romero pagara licores o gaseosas del establecimiento de Margot Latorre?'.— CONTESTO: 'No lo he visto pagar'.— Leída su respuesta, la aprobó.—

Y Pérez declaró: "Soy Gregorio Pérez, natural y vecino de Santa Marta, de 40 años de edad, sé leer y escribir, de estado civil soltero; de ocupación diversas actividades, entre las cuales he tenido la de panadería, albañilería, agricultura y otros, y sin generales de la ley con las partes y sus apoderados en este juicio".— Leída su respuesta, la aprobó.— Interrogado el declarante sobre las respuestas dadas a los hechos de la demanda, por parte del doctor Vives Echeverría, CONTESTO: 'En la forma que yo lo vi trabajando allí fue como un tipo que no es empleado; él tenía como un contrato en la forma de que él Gabriel Romero, trabajaba hasta la hora que le daba la gana, porque el negocio era como de él, tenía trabajadores en el establecimiento El Rosedal, inclusive que los cambiaba constantemente,

pues no tenía fijos; él compraba y vendía licores en el establecimiento, vendía cerveza, whisky, cervezas, Ron Caldas, y gaseosas, cigarrillos, fósforos; él está allí como dueño de eso; no me consta que Romero hubiera sido contratado por Margot Latorre para explotar con ella el negocio de cantina en el establecimiento El Rosedal de propiedad de la mencionada señora. El tenía ese negocio como propio; en unas dos o tres ocasiones me consta por haberlo visto, que después de él hacer las cuentas particulares de su negocio que tenía en el establecimiento le pagaba a la señora Margot Latorre no sé por concepto de alquiler o de qué otra cosa. Me consta lo que he dicho anteriormente, porque yo soy vecino del establecimiento El Rosedal de propiedad de la señora Margot Latorre, e ir a él por ser peluquero y por otras razones'.— Leída su respuesta, la aprobó.— A continuación el doctor Aristarcó Gómez, en su condición de apoderado del demandante, repreguntó al testigo así: REPREGUNTADO: 'Qué clase de amistad tiene usted con la señora Margot Latorre y el señor Severo Ceballos? CONTESTO: 'ninguna'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Qué clase de amistad tiene usted con Gabriel Romero, cuánto tiempo hace que lo conoció y en dónde lo conoció?— CONTESTO: 'Pues amistad con él ninguna, de haberlo conocido hace poco tiempo y lo conocí en el establecimiento'.— Leída su respuesta, la aprobó. REPREGUNTADO: 'En qué año precisamente conoció usted a Gabriel Romero? CONTESTO: 'En el año de 1957 conocí a Gabriel Romero'.— Leída su respuesta la aprobó. REPREGUNTADO: 'Precise el mes en que conoció a Gabriel Romero. CONTESTO: 'No puedo precisar el mes en que conocí a Gabriel Romero'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: '— En el año de 1957 en que usted conoció a Gabriel Romero esto ocurrió a principios, a mediados o a fines de dicho año? CONTESTO: 'Eso es lo que no alcanzo a acordarme'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'En el año de 1957 en que usted conoció a Gabriel Romero esto ocurrió en los seis primeros meses de dicho año, o en los seis últimos meses del mismo? CONTESTO: 'No me acuerdo de eso'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo a qué clase de actividades u oficios se dedica hoy?

CONTESTO: 'A nada'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo a qué clase de actividades se dedicó en el año de 1957? CONTESTO: 'Trabajaba albañilería'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si hoy todavía trabaja en albañilería o en este año de 1957 ha desarrollado esa clase de actividades? CONTESTO: 'Lo mismo trabajo'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si de agosto a diciembre de 1956 también se dedicó a la actividad de albañilería en Santa Marta y en qué construcciones? CONTESTO: 'Entonces me dediqué a la peluquería de agosto a diciembre de 1956'.— Leída su respuesta la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo de qué vive usted actualmente, es decir de qué deriva su subsistencia? CONTESTO: 'De mis padres por cuestiones de enfermedad'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si en el año de 1957 también sufría de la enfermedad que padece actualmente y por lo tanto dió motivo para que sus padres lo sostuvieran? CONTESTO: 'No sé desde qué mes pero sí sé que fué en el año de 1957 que empecé a sufrir la enfermedad que padezco actualmente'.— Leída su respuesta la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo si como consecuencia de la enfermedad que sufre actualmente y que padeció en 1957, según lo acaba de decir, estuvo recluido en cama y qué médicos lo trataron? CONTESTO: 'Definitivamente en cama no pero me trata el Dr. Hugo Mier todavía'.— Leída su respuesta, la aprobó.— REPREGUNTADO: 'Diga el testigo a qué horas llegaba usted al establecimiento de Margot Latorre en las horas de la mañana, del medio día o de la noche? CONTESTO: 'De noche me acercaba a la puerta con otros compañeros y por el día cuando me llamaban las mujeres para asuntos de peluquería'.—'

Ninguno de los deponentes trabajó, en el establecimiento de la Latorre; ambos fueron clientes ocasionales (Suárez iba "de vez en cuando" y Pérez dice: "de noche me acercaba a la puerta con otros compañeros y por el día cuando me llamaban las mujeres para asuntos de peluquería"), y del texto de sus declaraciones no aparece ningún hecho concreto que revele la pretendida autonomía del cantinero, salvo el de que "cerraba a la

hora que le provocaba" (Suárez) o "trabajaba hasta la hora que le daba la gana" (Pérez), sin la menor explicación del por qué les consta. Lo demás son conceptos sin respaldo expreso: "Para mí él era un contratista" (Suárez) "En la forma que yo lo ví trabajando allí fué como un tipo que no es empleado... él tenía como un contrato... él estaba allí como dueño de eso... él tenía ese negocio como propio" (Pérez).

La amplitud de que goza el juzgador laboral para la estimación de las pruebas, sin sujeción a tarifa legal, conforme al art. 61 del CPL, es mucha pero no ilimitada; como lo ha declarado la jurisprudencia de la Corte, "al lado del principio del libre convencimiento se añade el de la persuasión racional, al exigirse al fallador que haga la evaluación de la prueba inspirándose en los fundamentos universales de la crítica probatoria para la formación del criterio que debe llevarlo a establecer la verdad legal" (casación de 17 de diciembre de 1949, G del T., T. IV, Pg. 1054). Y salta a la vista que dar por establecida la autonomía de Romero sin otra base que las declaraciones transcritas; es un protuberante error de hecho sin el cual, como sostiene el acusador, queda en pie la presunción legal del contrato de trabajo.

La incidencia de ese error en la violación de determinadas normas sustanciales no es objeto, como debiera serlo, de un intento de argumentación por el recurrente. Sin embargo, en la larga serie de disposiciones que invoca aparecen, además de los arts. 22, 23 y 24 del CST, los que rigen las dos únicas prestaciones que reclama en esta sede (arts. 249 y 253 sobre cesantía, y 306 sobre prima de servicios), y habla de su violación indirecta; de lo cual, sin excesiva tolerancia, puede entenderse que el concepto de la infracción de tales normas, atribuida al sentenciador, es el de haberlas dejado de aplicar, siendo pertinentes.

En consecuencia el cargo resulta fundado.

Para las consideraciones de instancia, se observa que el tiempo de servicios fué admitido en la contestación del libelo inicial: del 5 de diciembre de 1956 al 7 de julio de 1957. No así el salario devengado, porque los únicos pagos demostrados (\$757.00 y \$723.00, a título de "porcentaje", según los recibos de fs. 10 y 11 del cuaderno principal) se refieren al lapso del 16 de marzo al 7 de

julio de 1957, quedando por fuera todo el tiempo anterior.

Es, pues, forzoso recurrir al respectivo salario mínimo, que en el Departamento del Magdalena fué de \$4.00 diarios desde el 1.º de octubre de 1956 hasta el 30 de junio de 1957 (D. 2214 de 1956, art. 1.º literal B, ordinal 5o.) del 1.º de julio de 1957 en adelante de \$4.60 diarios (D. 118 de 1957). Así, la prima de servicios por el primer semestre de 1957 vale \$60.00 y la cesantía en 216 días vale \$82.08, pero como el alcance de la impugnación por este último concepto está precisado en \$81.58, se estará a tal pedimento.

En cuanto al *SEGUNDO CARGO*, atrás quedó dicho que se refiere a la violación directa del art. 65 del CST, por falta de aplicación, "independientemente considerada de toda situación de hecho o probatoria".

El recurrente lo sustenta en estos términos: "El patrono una vez que se finaliza la relación laboral individual con el trabajador está en la obligación ineludible de proceder al pago de todas las prestaciones sociales e indemnizaciones originadas en dicho contrato, así como también la de darle el certificado de trabajo y ordenar que se le practique el examen médico de salida. Si el trabajador, por cualquier circunstancia, no recibe tales valores o elude su pago, el empresario debe, en el menor tiempo posible proceder al pago por consignación previsto en la disposición infringida por el ad-quem —Art. 65 del C.S.T.— En el caso de que no obre así y sin que sea necesario requerimiento alguno, se hace acreedor a la sanción moratoria establecida por ésta disposición.

"Si los demandados solidarios dejaron de pagar sus obligaciones laborales al actor, desde la fecha en que se terminó el contrato de trabajo hasta la fecha. (Subraya la Sala), es indudable que procede la aplicación de esta norma que es la base fundamental de obligatoriedad del C.S.T.

El ad-quem ha debido proferir esta condena en vista de la actitud remisa de los deudores a pagar las obligaciones laborales (Se vuelve a subrayar) y no lo hizo incurriendo en la violación en la forma expuesta al enunciar el presente cargo.

"Si se aplicara en todos o para todos los casos la actitud del ad-quem, nunca cabría aplicar el Art. 65 del C.S.T., porque se daría el mismo trato al empresario que en la

oportunidad legal paga todas sus obligaciones laborales a sus trabajadores o lo que cree justamente que debe, y al empresario que nunca paga y que espera que por medio de una sentencia definitiva se le obligue a pagar, lo cual es absurdo y riñe con todo principio de equidad.

“La disposición violada, en forma alguna establece excepciones tácitas o expresas en beneficio del deudor laboral. Su texto es de una calidad y claridad preconcebida, precisamente, para que no se hiciera de tal artículo un ‘rey de burlas’”.

SE CONSIDERA:

La sentencia acusada no da por demostradas la mora injustificada en los pagos ni la actitud remisa para hacerlos, de que habla el impugnante en los pasos subrayados de su escrito; esos hechos, generadores de la sanción moratoria pretendida, exigirían algún examen de las pruebas, que no es procedente en casación sino por vía indirecta. Además, el recurrente no llega a afirmar que el sentenciador ignore el texto legal, o lo interprete mal, o se rebele contra su ordenamiento; ni habría podido afirmarlo fundadamente, porque la decisión absoluta aparece motivada en que Romero fué un trabajador independiente, o sea en cuestiones de hecho, derivadas de la estimación de las probanzas, como se vio al estudiarse el primer cargo. Solamente vinculando esas mismas probanzas y ese mismo error consecencial —que sirvieron para la prosperidad de dicho ataque— a la pretendida infracción del art. 65 del CST, podría la Sala examinarlos de nuevo para decidir si el Tribunal debió aplicar la

referida norma o si obró conforme a derecho dejándola de lado. Pero es el recurrente, y no la Corte, quien puede establecer tal vinculación; y en el presente caso, optó por no establecerlo, declarando enfáticamente que la violación del precepto que invoca se produjo “independientemente de toda situación de hecho o probatoria”.

Por tal motivo es ineludible desechar el segundo cargo.

A mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto confirma en su totalidad el fallo de primer grado, proferido por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta y, en función de instancia, REFORMA dicho fallo en el sentido de condenar a MARGOT LATORRE a pagarle a GABRIEL ROMERO, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, SESENTA PESOS a título de prima de servicios y OCHENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS por cesantía. No la casa en lo demás.

Las costas del juicio son a cargo de la parte demandada. Sin costas en el recurso de casación.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

*Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade,
Víctor G. Ricardo.*

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

DOMINICALES Y FESTIVOS, REAJUSTE DE CESANTIA, PRIMAS DE SERVICIO

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., trece de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Manuel V. Jiménez.— Auxiliar de Casación Laboral).

Ante el Juez laboral de Bucaramanga presentó demanda el señor ALBERTO PARADA CARRILLO contra el señor GONZALO S. GALVIS, para que se le condene a pagarle lo siguiente:

“a) El valor correspondiente a todos los dominicales y días de descanso remunerado, trabajados... en la empresa comercial “Taxi Aéreo de Santander TAXADER desde el 1o. de octubre de 1950 hasta el 27 de octubre de 1954; “b) El pago del auxilio de cesantía y de las primas correspondientes en virtud de venta de la empresa o sustitución de patrono, teniendo en cuenta el valor del trabajo en dominicales y días de descanso obligatorio, y

“c) Las costas del juicio en caso de oposición”.

Funda las acciones en los siguientes hechos:

Primero. Los señores Gonzalo S. Galvis y Alberto Parada Carrillo constituyeron una sociedad con domicilio en Bucaramanga para explotar la actividad de aviación comercial.

Segundo. Por diferencia de criterio y dificultades surgidas en la administración, Parada Carrillo se retiró de la Sociedad, y desde el 1o. de octubre de 1950 hasta el 27 de octubre de 1954, Parada fué contratado por Galvis para que le trabajara como Piloto de naves aéreas y Jefe de Pilotos de la misma empresa.

Tercero. Como remuneración de su trabajo Galvis convino con Parada en pagarle un salario mensual así: Del 1o. de octubre de 1950 al 31 de marzo de 1951 \$1.350.00; del 1o. de abril de 1951 al 31 de agosto de 1952 \$1.450.00; del 1o. de septiembre de 1952 al 10 de noviembre del mismo año \$1.550.00; del 11 de noviembre de 1952 al 31 de enero

de 1954 \$1.600.00, y del 1o. de febrero de 1954 al 27 de octubre del mismo año \$1.800.00.

Cuarto. A fines de 1954 la empresa Taxi Aéreo de Santander, se constituyó en sociedad anónima con un capital social de \$2'000.000.00 dividido en 200.000 acciones de diez pesos cada una, de las cuales Gonzalo S. Galvis es dueño de 103.400 acciones.

Quinto. Al constituirse la nueva Sociedad anónima, trabajador y patrono convinieron en la liquidación definitiva de todas las prestaciones a que aquél tenía derecho, según la ley, y al efecto se dirigieron las cartas de fechas enero 5 de 1955 junto con la liquidación y datos de sueldos devengados por Parada en la Empresa, firmados por el departamento de contabilidad; la carta de fecha 5 de enero de 1955, firmada por Parada; la carta de fecha 13 de enero del mismo año, en la cual Parada hace algunas reclamaciones en relación con dominicales y días de descanso no contemplados en la liquidación hecha por la Empresa.

Sexto. Como surgieran algunas dificultades de las partes en relación con este punto de pago de dominicales y días de descanso legal, tanto Galvis como Parada convinieron en someter el asunto a la decisión del Departamento Nacional del Trabajo, para lo cual se acordó que el Mayor haría la consulta del caso, y fué así como con fecha 11 de marzo de 1955 Parada formuló la consulta por conducto de la Inspección Seccional del Trabajo de Santander.

Séptimo. El 10 de octubre de 1955 el Departamento Nacional del Trabajo dió concepto favorable a todas las solicitudes del Mayor Parada, y por conducto de la Seccional de Santander se puso en conocimiento de los interesados tal concepto.

Octavo. El 23 de noviembre de 1955 el mayor Parada acogiéndose al mentado concepto y al previo convenio verbal celebrado entre él y Gonzalo le reclamó nuevamente le fueran liquidadas y ajustadas

las prestaciones sociales a que tenía derecho. Gonzalo ni siquiera contestó la carta.

Siguen tres hechos de poca operancia en el proceso.

La demanda fué legalmente notificada al demandado, quien la contestó oponiéndose a las peticiones y contestando los hechos del modo siguiente:

Los tres primeros son ciertos.

El cuarto es cierto y lo acepto en la primera parte, pero ignoro cuántas acciones tiene Gonzalo Galvis en la Empresa.

Al quinto: Es verdad que al constituirse la sociedad anónima que hoy es TAXADER, convinieron, liquidaron y, al mayor Parada se le pagaron las prestaciones a que este tenía derecho. En relación con reclamos de pago de dominicales y días de descanso surgió la diferencia de criterios entre las partes, porque el demandado ha considerado y considera que no tiene obligación de pagar por tales conceptos. Sobre las cartas aludidas en este punto, si existieron, ignoro sus fechas.

Al sexto. Sé que se habló de una consulta conjunta. Lo contrario sobre el particular, lo ignoro.

Al séptimo. Es verdad, con la explicación que consigno en el punto anterior.

Al octavo. Ignoro el convenio verbal a que se alude, y por el sentido que se le da, merece las explicaciones consignadas en los puntos anteriores.

Las respuestas a los últimos tres hechos no tienen importancia en el proceso.

Al juicio se le dió la tramitación legal y el Juzgado de primera instancia dictó sentencia por medio de la cual condenó al demandado a pagarle al demandante las siguientes cantidades:

a) Por valor de dominicales y festivos trabajados	\$14.204.27
b) Por reajuste de cesantías	\$ 936.51
c) Por valor de primas de servicio	\$ 7.551.99
d) Por valor de vacaciones	\$ 4.158.86
En Total	\$26.851.63

Además, condenó al demandado en las costas.

Por apelación concedida a la parte demandada, se llevó el proceso al Tribunal Superior Laboral de Bucaramanga, el cual reformó la sentencia recurrida en la siguiente forma:

1.— Por valor de dominicales y festivos.	\$6.903.00
2.— Por reajuste de cesantía	\$ 661.14

3.— Por primas de servicios	\$ 561.48
En Total	\$8.125.62

b) Revocó la sentencia en cuanto a la condenación total al pago de primas de servicios y vacaciones.

c) Confirmó en cuanto condenó en costas al demandado.

Ambas partes propusieron el recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y declarado legal por la Corte Suprema.

El recurso lo sustentaron en la forma siguiente:

A. POR LA PARTE DEMANDANTE:

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.— “Al prosperar los cargos que adelante formularé, pretendo que la sentencia recurrida sea casada parcialmente para que en el punto relacionado con el pago por trabajo en domingos y días festivos legales se confirme la condena hecha por el juzgado de primera instancia; en lo relacionado con el auxilio de cesantía, se confirme igualmente lo decidido por dicho juzgado o se reajuste la liquidación hecha por la empresa agregando a la suma que esta arroje la que resulte de liquidar el auxilio por todo el tiempo servido con base en la remuneración variable constituida por el pago en domingos y días festivos legales o dando aplicación correcta a los artículos 249 y 253 del CST.: en lo relacionado con primas de servicios se confirme igualmente la condena hecha por el juez a—quo, todo sobre la base, además, de no admitir como propuesta legalmente y alegada la excepción de prescripción por parte del demandado; en lo relativo a vacaciones se confirme también la condena formulada por dicho juez, como ratificación de la facultad legal de este para fallar extra—petita”.

Primer Cargo.— Se propone en la forma siguiente:

“La sentencia acusada viola, en forma indirecta, por falta de aplicación, los artículos 179, 249, 253 y 306 del C.S.T., como consecuencias de la indebida aplicación de los artículos 343, C.J., 32 y 151 del C.P.L. y 488 del C.S.T.— Tales violaciones tienen causa en la comisión de un evidente error de hecho que consiste en darse por establecido por parte del Honorable Tribunal en la sentencia, que la excepción de prescripción fue legalmente propuesta y alegada, y fundamentada probatoriamente, cuando la parte demandada se redujo a formular genéricamente toda

excepción perentoria que resulte probada en virtud de hechos que desconozcan la existencia de la acción, o la declaren extinguida si alguna vez existió, . . . como por ejemplo la de prescripción”.

Agrega que según el Tribunal, el demandado propuso la excepción singularizándola al decir “como la de prescripción”, por lo cual debe considerarse alegada debidamente según el art. 32 del C.P.L. y tuvo como prueba las fechas de ingreso del trabajador y de la reclamación contenida en la carta del 13 de enero de 1955.

En todo ello ve el recurrente un error de hecho que indujo al fallador a aplicar indebidamente el artículo 343 y los demás citados, como si la excepción se hubiera propuesto con los requisitos de la ley.

Y concluye el recurrente: “De no haber incurrido el ad—quem en el error de hecho anotado y en la violación de las disposiciones citadas, habría condenado al demandado al pago de todas las prestaciones solicitadas en la demanda.

LA CORTE OBSERVA:

De conformidad con el artículo 87 del Código Procesal Laboral, “Si la violación de la ley procede 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 por el sentenciador en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos”. A esta exigencia no se ajusta el recurrente porque no señala específicamente la prueba o pruebas apreciadas con error, ni en qué consiste la equivocación, ni por qué resulta manifiesta. En casos como este no se puede confundir el derecho y ocasión de proponer el medio de defensa, con las pruebas que puedan servir para demostrar la excepción.

Por otra parte, calificar si fue o no propuesta legalmente la excepción en referencia es problema que se resuelve con el texto simple de la locución empleada al contestar la demanda, y allí se expresó: “EXCEPCIONES: . . . la de prescripción”. A tal frase no se le puede atribuir otro significado distinto del ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 32 y 343 ya citados.

El cargo no es aceptable.

Segundo Cargo.— Acusa violación del artículo 306 del C.S.T., por desatención del artículo 471 del C.J., la cual tiene su origen en un evidente error de hecho consistente en no haber dado por formulada la petición sobre pago total de la prima de servicios planteada en el aparte b) de la segunda petición de la demanda concebida así: “El pago del Auxilio de cesantía y de las primas correspondientes teniendo en cuenta el valor del trabajo en dominicales y días de descanso obligatorio”.

Señala el recurrente como pruebas mal apreciadas, la demanda en el punto ya indicado, la confesión del demandado al contestar los hechos segundo y tercero de la misma, o sea tiempo de servicios y salarios, y el recibo del demandante por su cesantía que obra al folio 55. De éllas se deduce la totalidad de la deuda por la totalidad de las primas, pero la sentencia no reconoció sino una parte como reajuste.

Por tanto no se le dió toda su debida aplicación al artículo 306 y se le quebrantó.

LA CORTE CONSIDERA:

Dice el fallo: “El demandante, en el libelo de demanda, pide también el pago del Auxilio de cesantía y de las primas correspondientes así: “teniendo en cuenta el valor del trabajo en dominicales y días de descanso obligatorio”. El Tribunal entiende que se trata de un reajuste ya que al folio 55 se encuentra una constancia suscrita por el mayor Parada que acredita el recibo de éste por la suma de \$7.335.00 pero como cuando se hizo esa liquidación la empresa no reconoció el pago doble de los días festivos trabajados esa partida al tenor de lo dispuesto en el art. 253 del C.S.T. . . .”.

Conforme al considerando transcrito resulta que el Tribunal entendió que sólomente se pedía el reajuste de las cesantías y las primas, especialmente en vista del recibo sobre cesantías corriente al folio 55 pagadas por valor de \$7.335.00, y en vista de la frase limitativa de la petición que reza: “Teniendo en cuenta el valor del trabajo en dominicales y días de descanso obligatorio”.

El recurrente admite ese entendimiento al formular el quinto cargo sobre cesantías cuando habla de los elementos que debió tener el Tribunal “Para efectos de la revisión de la liquidación hecha por la empresa

demandada sobre el salario fijo”, lo cual significa un reajuste.

En el mismo caso se hallan las primas de servicio que también aparecen en una liquidación hecha por la empresa y aceptada por el demandante y corriente a folios 3, 4, y 5.

En virtud de haber constancia de liquidaciones y pagos anteriores tanto por cesantías como por primas, resulta justificada la interpretación dada por el sentenciador al texto de la demanda que usa la frase dicha “Teniendo en cuenta el valor del trabajo en dominicales y días de descanso obligatorio”.

Conviene añadir que al mencionar el fallo el recibo de pago por \$7.335.00 no se refirió a primas sino a cesantías, y eso para justificar su concepto de tratarse de un reajuste.

Por lo expuesto el cargo resulta inoperante.

Tercer Cargo.— Alega el recurrente que el fallo acusado viola en forma directa, por falta de aplicación, los artículos 186, 189 y 190 del C.S.T., como resultado de haber quebrantado también por falta de aplicación el artículo 50 de C.P.L., violaciones provenientes de evidente error de hecho, consistente en no aceptar por demostrado estándolo, que los hechos que configuran el derecho al pago de vacaciones, fueron objeto de discusión en el juicio y están debidamente probados.

Señala especialmente, como pruebas mal apreciadas la respuesta confesoria a los hechos de la demanda, el informe de contabilidad de la empresa, la inspección ocular, el tiempo de servicio y la retribución del trabajo. El error mencionado indujo al Tribunal a arrebatarle al juez la facultad que le da el art. 50, citado, con manifiesta violación de este canon y de los demás arriba señalados.

LA CORTE OBSERVA:

El Tribunal estimó que la prestación por vacaciones, acogida en el fallo de primer grado, no fue una cuestión discutida en el juicio y por eso mismo no tenía necesidad de examinar las pruebas que indica el recurrente.

El artículo 50 que se trae como premisa de la impugnación, señala dos extremos: 1o. que la prestación haya sido materia de discusión en el juicio, y 2o. que los hechos que configuran la deuda hayan sido demostrados plenamente; y en los autos no consta que las vacaciones de Parada hayan sido discutidas en

el proceso. De modo que al revocar el sentenciador lo proveído en el fallo de primer grado tuvo en cuenta una sencilla cuestión de derecho, o sea, si el texto legal era o no aplicable al caso de una prestación no mencionada en la demanda ni discutida en el curso del proceso. Las observaciones del recurrente no desvanecen, pues, la fuerza legal de los fundamentos de la sentencia del Tribunal.

Cuarto Cargo.— La demanda de casación le atribuye a la sentencia del Tribunal la violación del art. 306 C. S. T. por falta de aplicación y quebranto del art. 50 C. P. L., a consecuencia de error de hecho evidente que consiste en no tener por demostrados los hechos que configuran el derecho del actor a la prima de servicios, y en afirmar que ella no fue discutida en el proceso ni la materia de fallo según el art. 50 C. P. L. El yerro ocurrió por desestimar las pruebas contenidas en la contestación a los hechos segundo y tercero de la demanda sobre salario y tiempo de servicio, en los testimonios allegados, inspección ocular y dictamen pericial. De ahí proviene que el Tribunal negó al Juez de primera instancia la facultad que art. 50 ya citado le atribuye al Juzgado sobre decisión extra-petita en relación con las primas, diciendo que “. . . esas cosas, prima de servicio y vacaciones no fueron discutidas en el juicio y por consiguiente, según la disposición citada (Art. 50) no pueden ser materia de fallo”.

Sobre esta acusación la Corte observa:

Dice la sentencia acusada: “pero como la solicitud transcrita se refiere también a la prima de servicios, debe entenderse igualmente como un reajuste de la prima, y entonces se parte de la cantidad que el trabajador debió recibir oportunamente sin computar los días festivos trabajados, para lo cual se hace la siguiente liquidación”. Toma como resultado la cantidad de \$561.48.

Y añade el fallo: “El Juez de primera instancia haciendo uso de la facultad consagrada en el art. 50 C. S. T., condenó también al demandado al pago de las primas de servicios totales y al pago de las vacaciones porque, según el proceso no se demostró que se hubieran pagado. Sucede que esas cosas, primas de servicio y vacaciones, no fueron discutidas en el juicio y por consiguiente según la disposición citada no pueden ser materia de fallo. . . En esa situación procesal el Tribunal habrá de revocar la condenación

por concepto de la prima total de servicios y por las vacaciones”

En la transcripción que precede se ve como el Tribunal entendió la demanda en el sentido de que pedía solamente el reajuste tanto por la cesantía como por la prima. Pero la sentencia de primer grado consideró haberse pedido el pago de la totalidad de las primas e hizo la condenación correspondiente. El Tribunal admite la condena en cuanto al reajuste pero la revoca sobre el resto como si el juez a—quo la hubiera despachado ultra—petita por obra del artículo 50 citado. De ahí la consideración relativa al resto de la condena por primas que podría considerarse como cuestión no pedida ni discutida en el juicio.

La previsión del Tribunal que aparece en los apartes citados puede estar de sobra, porque le bastaba reformar la condena del total de las primas a la cantidad del reajuste, pero no constituye violación de ley sustantiva ya que su fallo concedió lo solicitado en la demanda como fue el reajuste de las primas en consonancia con los salarios por dominicales y festivos.

Así pues el cargo no prospera.

Quinto Cargo.— Aplicación indebida del artículo 488 del C.S.T. y como consecuencia falta de aplicación de los artículos 249 y 253 del mismo código. Se funda en que el Tribunal reconoció el tiempo de los servicios del demandante y la retribución de ellos por el último año, bases que el Tribunal debió tener en cuenta al liquidar el auxilio de cesantía y reajustar la liquidación hecha por la empresa sobre el salario fijo. Sin embargo el Tribunal sólo tuvo en cuenta la remuneración del trabajo dominical “Hasta el 13 de enero de 1952, y de ahí hasta el 1o. de octubre de 1950 sólo tuvo en cuenta la remuneración fija con todo lo cual se produjo la violación de los textos legales citados.

LA CORTE CONSIDERA LO SIGUIENTE:

Dice la sentencia: “Por concepto del reajuste de cesantía le corresponde al Mayor Parada la suma de \$661.14, cantidad esta que desprende del mayor sueldo devengado por los días festivos trabajados a partir del 13 de enero de 1952, y para llegar a ese resultado el Tribunal hizo la liquidación desde la iniciación del contrato hasta la fecha que no quedó cobijada por la prescripción y esa

liquidación la restó de la suma total pagada. Luego liquidó de la fecha anteriormente dicha hasta el 27 de octubre de 1954, término este dentro del cual debe hacerse el reajuste”. La explicación del Tribunal sobre las operaciones contables que efectuó para determinar la deuda por cesantía indica que dejó de considerar como base de liquidación parte del tiempo total servido por el trabajador. La prescripción no podía aceptar la deuda por cesantía que debía liquidarse con base en todo el tiempo trabajado y en la totalidad de la retribución del último año por salarios de trabajo normal y por salarios de dominicales y festivos; de lo cual resulta que la acusación del recurrente es fundada y prospera la acusación.

En este particular debe casarse la sentencia y modificarse el fallo como más adelante se indicará.

B. EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

En cuanto al alcance de la impugnación dice el recurrente: “Deseo que la sentencia acusada la caséis parcialmente, para reducir las cantidades de las condenas proferidas de conformidad con los planteamientos que habré de hacer. Deseo finalmente, que el recurrente Alberto Parada Carrillo sea condenado en costas por las dos instancias y en costas por este recurso de casación, que perderá necesariamente”.

CARGOS PROPUESTOS: El recurrente aduce cinco cargos contra el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral, de los cuales, los cuatro primeros tienen un fundamento común con motivo de la determinación del tiempo cobijado por la prescripción, circunstancia que exige considerarlos en su conjunto. El Quinto Cargo se estudiará al final.

Se argumenta en todos ellos diciendo que el sentenciador quebrantó los artículos 488 y 489 del Código Laboral, 152 y 153 del Procesal, 637 y 645 del Judicial Civil, dándoles aplicación indebida por error cometido en el estudio de las pruebas.

Advierte el recurrente que la sentencia declaró probada la excepción de prescripción con efectos hasta el 13 de enero de 1952 debiendo declararla probada a contar del 27 de abril de 1953 hasta el 27 de octubre de 1954. Añade: “Es verdad que la prescripción se interrumpe por el simple reclamo escrito del trabajador, pero recibido por el patrón,

(artículos 489 y 152 citados). Al folio 5o. del cuaderno principal hay, en efecto, copia de una carta reclamo que el mayor Parada Carrillo dice haberle remitido al patrono Gonzalo S. Galvis. En parte alguna del expediente aparece, empero, que el patrono Galvis haya recibido la carta. Ni confiesa Galvis haberla recibido en su vida. Luego los presupuestos del artículo 489 del C. S. T. y del artículo 152 del C. P. T. no se dieron nunca. Con lo cual está dicho que en mala hora el Tribunal de Bucaramanga dijo aplicar estas disposiciones para dar por interrumpida la prescripción desde el 13 de enero de 1955, fecha de la copia que obra en autos”.

Añade que la dicha carta no emana de Galvis luego no es un documento de obligación a su cargo, ni puede tomarse como confesión suya por faltarle su firma y su reconocimiento, todo de acuerdo con los artículos 637 y 645 citados, los cuales resultan violados en consecuencia.

Además, el Tribunal, según el recurrente, apreció mal la carta del folio 5o. al decir en la sentencia que ella es un claro reclamo escrito del trabajador Parada, operante en los autos desde que se inició la demanda y no contradicho por el demandado, de suerte que presta valor probatorio para considerarla como recibida por el patrón, interrumpiéndose así la prescripción, lo que quiere decir que los derechos del demandante del 13 de enero de 1952 hacia atrás están prescritos, y por lo tanto habrá de reformarse el fallo de primer grado en conformidad con lo dicho.

Y al dar el Tribunal pleno valor probatorio a ese documento incidió en un evidente error de hecho como se desprende de los artículos 637 y 645 citados.

El recurrente expresa que por esos motivos debe modificarse la sentencia de segundo grado en lo concerniente al pago de deudas por dominicales y festivos, primas de servicio y cesantías.

En un quinto cargo el recurrente objeta la sentencia por haber condenado dos veces al demandado en la cantidad de \$561.48 como primas de servicio, y afirma que así se violó el principio jurídico de “NON BIS IN IDEM”.

LA CORTE CONSIDERA LO SIGUIENTE:

a). El argumento que esgrime el recurrente en el sentido de faltar la prueba del recibo de

Galvis a la carta de Parada de fecha 13 de enero de 1955, en la cual solicitó el pago de su retribución por el trabajo en días de descanso, parece fundado. En efecto, dijo la sentencia: en la parte pertinente: “Al folio 5 del cuaderno principal se encuentra la copia de una nota fechada el 13 de enero de 1955 que es un claro reclamo escrito del trabajador Parada, que obró en autos desde que se inició la demanda y no fue negada por el demandado, de suerte que presta valor probatorio para considerarla como recibida por el patrono, y en tales condiciones esa nota interrumpió la prescripción, y entonces... quiere decir que los derechos del señor demandante, del 13 de enero de 1952 hacia atrás están prescritos...”.

El hecho de que la carta haya obrado en los autos sin ser discutida por el demandado, no significa que verdaderamente haya sido recibida por éste.

Ello no obstante, la casación de la sentencia no puede prosperar porque el recurrente omitió acusar el fallo por violación de los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo que regulan lo concerniente a las prestaciones por pago de dominicales y festivos, por cesantía y por primas de servicio, lo cual es requisito esencial para infirmar la condena pronunciada sobre dichos particulares que constituyen los fines principales de la demanda y del juicio.

b). También estima la Corte que se debe desechar el quinto cargo de la demanda de casación sobre condena repetida de la suma de \$561.48 que aparece en la parte dispositiva del fallo acusado, por valor de primas de servicios, cargo que se apoya en el principio que dice NON BIS IN IDEM, porque la ley no ha erigido en causal de casación la infracción de principios doctrinales no consignados en cánones positivos. Además, la observación en referencia es intrascendente ya que la sentencia condena al demandado en la suma total de \$8.125.62 en que no figura repetida la cifra de las primas de servicio.

En vista de lo expresado, el recurso de casación no es procedente.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA.

Habiéndose aceptado el cargo propuesto por la parte demandante en relación con la condena por auxilio de cesantía, la Corte debe

resolver lo que estima legal, o sea efectuar el reajuste solicitado en la demanda. Para ello se tiene en cuenta todo el tiempo de la duración del contrato de trabajo, o sean 1.467 días, y todo lo devengado por el trabajador por salarios normales y retribuciones del descanso obligatorio, o sean \$1.980.00. El producto ha de dividirse por 360. Las operaciones aritméticas dan por resultado la cifra de \$8.068.50, de la cual se restan \$7.335.50, ya pagada, quedando el saldo de \$733.00, que es el reajuste.

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, que fue objeto del recurso,

únicamente en cuanto a lo resuelto sobre el auxilio de cesantía, y a la vez reforma el fallo de primera instancia sobre la misma prestación, aparte B) del punto primero, y condena al demandado a pagar al demandante la cantidad de \$733.00 por único saldo de la deuda de cesantía ya indicada. No la casa en lo demás.

Las costas del recurso de casación son de cargo del demandado.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.—

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

INDENIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO

Impugnación a la sentencia del ad—quem por causas de errores de hecho.

1.— Bien sabido es que en la impugnación del proveído del sentenciador de segundo grado, por causas de errores de hecho, la prosperidad del cargo sólo se produce cuando el yerro cometido por aquél tiene el rasgo característico de la ostensibilidad y la evidencia. Además, en estos casos el Juez conserva la autonomía en el juicio, su independencia de criterio en la evaluación de los hechos y la libertad para la formación de su convencimiento. Por otra parte, como lo tiene dicho la jurisprudencia, “en circunstancias de hecho dudosas, —si fuera esa la hipótesis del caso presente—, los Tribunales quedan en libertad de decidirse por el extremo que, a su juicio, considere mejor demostrado”.—

2.— Dentro de lo estatuido por el art. 199 del C. S. T. al señalar lo que el Legislador entiende por accidente de trabajo, está no sólo que el suceso sea imprevisto y repentino, sino que él sobrevenga “por causa o con ocasión del trabajo”, además de que se produzca la lesión orgánica o perturbación funcional, sin que el accidente haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima. Dentro de ese concepto, puede darse o nó el hecho de que el accidente sufrido se origine en una u otra de aquellas modalidades previstas por la ley. Todo depende de lo que en cada caso aparezca al producirse el suceso; de la relación existente entre el trabajo y el accidente. El hecho está referido más que todo a la vinculación o conexidad entre el suceso y el trabajo y de ahí que se considere también en la ley la locución “por causa o con ocasión del trabajo” que debe ser examinada específicamente cuando se trata de hacer la calificación correspondiente.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., catorce de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Víctor G. Ricardo).

Alberto Fandiño M., por medio de apoderado, demandó a la sociedad Ingeniería del Caribe Ltda. “Incaribe” constructora de la

carretera Ciénaga— Barranquilla para que se la condenara a pagarle la suma de \$5.300.00 por concepto del accidente de trabajo sufrido estando a su servicio, asistencia médica y farmacéutica e indemnización moratoria.

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos:

Cuando trabajaba al servicio de la carretera Ciénaga—Barranquilla, a cargo de la firma demandada, el día 25 de febrero de 1956 “sufrió un accidente por causa y con ocasión del trabajo”, el cual lo tiene en estado de invalidez que no le permite dedicarse a labor alguna, porque aún sufre sus consecuencias, como puede observarse por el certificado del médico seccional del trabajo; inmediatamente después de haber sufrido el accidente, fue llevado al hospital de caridad, sin que la empresa lo atendiera en lo más mínimo; el salario diario que devengaba era de \$5.00 y “no se le han abonado las cuotas partes durante la enfermedad ni el valor de la indemnización por el accidente”; ha tenido “que hacer desembolsos de dinero para atender al hospital, curaciones y medicinas” como se comprueba con el certificado del Síndico del Hospital”.

En derecho sustentó sus peticiones invocando los arts. 204, 206, 209, 217, 218, 220 y demás concordantes del C.S.T. y 25 y siguientes del C.P.T.

La Compañía contestó la demanda negando los hechos remitiéndose a lo que se probara en el juicio.

Surtido el proceso ante el Juzgado Primero de Ciénaga, éste decidió la controversia, así: 1o.— Condénase a la sociedad Ingeniería del Caribe Limitada, representada por su Gerente doctor Hernando Vergara Galvis a pagar a Alberto Fandiño M., la cantidad de \$4.150.00 así: por la incapacidad sufrida como

consecuencia del accidente de trabajo, \$3.600.00; por concepto de multa, por no suministrarle asistencia médica, etc. \$550.00.— 2o.— Condénase a la misma empresa a pagar al demandante las costas de este juicio”.

Apeló de la sentencia el apoderado de la parte demandada y el Tribunal Superior de Santa Marta, dictó el siguiente fallo: “Modifícase la sentencia apelada así: 1o.— Condénase a la sociedad Ingeniería del Caribe Limitada (Incaribe), a pagar a Alberto Fandiño la suma de \$3.450.00, como indemnización por accidente de trabajo; 2o.— Condénase a la sociedad Ingeniería del Caribe Limitada (Incaribe) a pagar a Alberto Fandiño la suma de \$550.00, como multa por no haber suministrado a éste asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria—quirúrgica y 3o.— Absuélvase a la sociedad Ingeniería del Caribe Limitada (Incaribe) del otro cargo de la demanda. Con costas”.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso la parte demandada recurso de casación que le fue concedido. Admitido y tramitado éste en legal forma la Corte pasa a decidirlo, sin que se hubiera presentado alegato de oposición.

Aspira el recurrente a que se case la sentencia y se absuelva a la empresa de la condena que le fue hecha.

Como causal de casación invoca la contenida en el numeral 1o., del art. 87 del C.P.T., y con base en ella formula dos cargos que a continuación se estudian.

Primer Cargo.— “Acuso la sentencia por error evidente de hecho en cuanto da por establecido un accidente de trabajo que carece de prueba en los autos. A causa de este error evidente de hecho la sentencia viola por infracción indirecta las siguientes disposiciones: el art. 757 del C.C. al declarar la existencia de una obligación que no está probada y los arts. 199, 204, 205, y 209 del C. S.T. al aplicarlos a un hecho inexistente”.

Dentro de la exposición que hace el recurrente, éste trata de demostrar con transcripciones de la sentencia relativas al aspecto probatorio del proceso, que el fallador se equivocó ostensiblemente. Afirma que “el hecho básico de este pleito es la caída de Alberto Fandiño del volquete en que viajaba. Nadie ha desconocido la existencia de tan lamentable suceso y en él están fundados los fallos que se han proferido. Resulta así

indispensable precisar todas sus características separadamente para apreciarlo en su exacto valor”. Cita la declaración del chofer Juan de Dios López, que a su turno transcribe el Tribunal y que en la parte pertinente dice así: “El accidente sucedió en esta forma: el señor Fandiño con otro compañero de trabajo, que en referencia no recuerdo el nombre, me pidieron encarecidamente que los condujera hacia determinado lugar, que iban en horas de trabajo, y no tenían vehículos para que los condujeran, entonces yo los coduje hasta ese lugar; pero antes del determinado lugar el señor Fandiño se cayó del volquete dándome yo cuenta en el lugar donde había llegado y enseguida retrocedí en busca del señor Fandiño. El vehículo que yo manejaba era del señor Roberto Ceballos y estaba al servicio de la carretera Ciénaga—Barranquilla transportando balastro”. Cita igualmente el recurrente apartes de las declaraciones de Juan Rivera Montenegro, Isaías Medina y Julio Bolaño Ortega. De la del primero de ellos, transcribe: “No recuerdo el día, pero sí se que el señor Alberto Fandiño se accidentó en una volqueta, poco más o menos a las cinco de la mañana”; lo pertinente de la declaración de Isaías Medina a que acude el recurrente, es del siguiente tenor: “Los trabajadores para movilizarse lo hacían por su propia cuenta sin que yo sepa, que hubiera algún contrato específico de tener la obligación de suministrarles vehículos para el transporte”. Y acerca de la de Bolaño Ortega afirma que según esta declaración la primera hora de entrada era la de las seis de la mañana. Y concluye el impugnador: “No hay prueba ni indicio alguno de que la sociedad demandada le hubiera señalado a Fandiño la ruta por donde debía transitar hacia el lugar del trabajo, o los vehículos que debía utilizar. Tampoco se ha probado que Ingeniería del Caribe Limitada tuviera el compromiso de transportarlo. La caída se produjo en un sitio alejado de la obra donde Fandiño cumplía ordinariamente sus funciones y cuando no prestaba servicios a la entidad que represento. En consecuencia la apreciación que hace el Honorable Tribunal de las precitadas declaraciones para dar por demostrado con ellas un accidente de trabajo, es ostensiblemente equivocada”.

“Como lo reconoce la Sala, el vehículo que tomó Fandiño era uno de los tantos que se ocupaban para la labor del levante del

terreno'. Se vió ya por la declaración del chofer López que la sociedad demandada no había enviado dicho vehículo a transportar trabajadores ni le había ordenado a Fandiño que lo utilizara. Fue el demandante quien 'le pidió encarecidamente' a López que 'lo condujera hacia determinado lugar'. En ninguna de las páginas del expediente se encuentra ni siquiera la más vaga sugerencia de que el viaje de Fandiño en el tantas veces citado volquete tuviera por objeto el cumplimiento de una comisión u orden especial de Ingeniería del Caribe Limitada. Forzoso es concluir entonces que Fandiño no iba prestándole servicio alguno a la Sociedad que represento durante el recorrido que hacía en el volquete del cual se cayó. Al afirmar el H. Tribunal en la decisión impugnada que 'el reclamante sufrió accidente de trabajo cuando prestaba servicios para la empresa demandada', incurre en otro error evidente de hecho porque no hay constancia ni indicio de la prestación de esos servicios en el momento indicado".

El Tribunal fundamenta su fallo tomando como base las declaraciones de Juan de Dios López, Delfilia Delgadillo, Juan Rivera Montenegro y Julio Bolaño Ortega, con las cuales llegó al convencimiento de que Fandiño sufrió un accidente de trabajo y para fijar la cuantía de la indemnización tomó en cuenta el dictamen rendido por el Médico Seccional del Trabajo (fls. 24 a 27), que se basó en la historia clínica suministrada por el Director del Hospital donde se atendió al paciente, en las radiografías y en el concepto emitido por el médico legista de Ciénaga.

Para un mejor entendimiento del problema conviene transcribir la totalidad de las declaraciones en que se puntualizan los hechos tal como sucedieron, puesto que el recurrente apenas hace uso de algunos apartes de ellas.

La declaración de Juan de Dios López, reza: "Sí me consta que el señor Fandiño se accidentó el 25 de febrero de 1956, quien trabajaba en la carretera, no sé a órdenes de quién, aunque me dijeron que a órdenes del señor Gabriel Echeverry en la construcción del puente de la barra, en la carretera de Ciénaga—Barranquilla. El accidente sucedió en esta forma: el señor Fandiño con otro compañero de trabajo que en referencia no recuerdo el nombre, me pidieron encarecidamente que los condujera hacia

determinado lugar, que iban en horas de trabajo y no tenían vehículo que los condujera, entonces yo los conduje hasta ese lugar, pero antes del determinado lugar el señor Fandiño se cayó del volquete dándome yo cuenta en el lugar donde había llegado y enseguida retrocedí, en busca del señor Fandiño. El vehículo que yo manejaba era del señor Roberto Ceballos y estaba al servicio de la carretera Ciénaga—Barranquilla transportando balastro" (sic). La señora Delfilia Delgadillo (f. 68) expresa: "Sí me consta que el señor Alberto Fandiño se accidentó en la fecha indicada en un camión que trabajaba en el puente de la barra de la carretera Ciénaga—Barranquilla; me consta porque en ese momento yo pasaba por allí y ví cuando cayó del camión e inmediatamente lo ayudé a levantarse". Por su parte Juan Rivera Montenegro (f. 70 vto.) afirma: "No recuerdo el día, pero sí sé que el señor Alberto Fandiño se accidentó en una volqueta, poco mas o menos a las cinco (5) de la mañana; yo oí un golpe y salí con la señora Delfilia Delgadillo a la carrera y me dí cuenta de que era Fandiño el que se había caído. De ahí la señora Delfilia y Julio Bolaño lo embarcamos en la misma volqueta para que lo condujeran al Hospital. No sé de quién era la volqueta. Todo lo anterior me consta porque yo trabajaba con Fandiño en el Puente de la Barra". Y por su parte Julio Bolaño Ortega: "Sí, señor, me consta esto: que yendo viajando en la misma volqueta donde viajaba el señor Fandiño, éste se cayó y sufrió un accidente tocándome levantarlo y llevarlo en la misma volqueta hasta el Hospital San Cristóbal. La volqueta en cuestión se hallaba al servicio de la obra. Al llegar al hospital con el objeto de internarlo, me preguntaron que quién respondía por la curación y yo les contesté que más tarde se harían presentes los directores de la obra y tengo entendido que no fué nadie no obstante haberle avisado al señor Marco Roldán quien aparecía como capataz de la obra mencionada. Posteriormente tuve conocimiento de que la empresa le había remitido al señor Fandiño, para ayudarlo en la curación, la suma de ciento veinte pesos (\$120.00) m.l. por conducto del segundo capataz de la obra, de apellido Crespo".

Con los anteriores elementos procesales concluyó el Tribunal así:

"Las anteriores declaraciones, en sentir de

la Sala, establecen claramente que el reclamante Fandiño trabajó en la construcción de la carretera Ciénaga—Barranquilla, concretamente en el arreglo del Puente de la Barra, y que sufrió un accidente cuando se disponía a cumplir la tarea que se le había asignado. Esta modalidad de ir en camino del lugar del trabajo, no descarta el accidente porque el hecho acaecido debe apreciarse accidente, no solo cuando se está trabajando sino cuando el trabajador se dispone a cumplir la labor encomendada. El art. 199 del C.S.T. contempla estos dos aspectos y no de otra manera puede entenderse la expresión que él contiene "por causa o con ocasión del trabajo". Con ocasión del trabajo significa que se está trabajando, y por causa del trabajo, que el hecho sobrevenga cuando el trabajador se dispone a cumplir con sus deberes. E indudablemente que así sucede cuando aquél va camino del lugar donde debe prestar la actividad".

"Fandiño, así consta ampliamente, se cayó del vehículo que había tomado para llegar al sitio de trabajo; y bueno es agregar, que dicho vehículo estaba al servicio de la empresa porque era uno de los tantos que se ocupaban para la labor de levante del terreno. No hay, pues, duda alguna para este Despacho de que el reclamante sufrió accidente de trabajo cuando prestaba servicios para la empresa demandada".

LA CORTE CONSIDERA:

Para establecer el hecho de que Fandiño sufrió el accidente en el volquete que lo transportaba, el Tribunal tuvo en cuenta las declaraciones rendidas en el proceso, cuyos textos transcribe en la sentencia, en las cuales se relata con toda claridad que el hecho aludido se produjo en la forma en que los deponentes lo afirman, coincidiendo en las aseveraciones relativas al hecho mismo, por constarles directamente. Se estableció de manera indubitable, a través de esos testimonios la realidad del acontecimiento desgraciado que tuvo lugar y que la víctima de él fué el señor Alberto Fandiño. En ello están de acuerdo los declarantes López, Delgadillo, Rivera Montenegro y Bolaño Ortega.

Como se vé, el fallador tomó las declaraciones rendidas en la forma concreta

en que fueron producidas en el informativo, sin que pueda observarse en sus apreciaciones, que éstas sean contrarias a la evidencia de los hechos que dieron lugar al respectivo fallo. No aparece, por lo menos ostensiblemente, que hubiera incurrido en error de hecho, puesto que de los elementos probatorios analizados por el sentenciador no se da por establecido un hecho que sea contraevidente, que carezca en absoluto de asidero probatorio en el proceso. De otro lado la empresa no desvirtuó en el curso de las instancias la existencia del hecho como accidente "por causa o con ocasión del trabajo" para exonerarse de la indemnización. Bien sabido es que en la impugnación del proveído del sentenciador de segundo grado, por causas de errores de hecho, la prosperidad del cargo sólo se produce cuando el yerro cometido por aquél tiene el rasgo característico de la ostensibilidad y la evidencia. Además, en esos casos el Juez conserva la autonomía en el juicio, su independencia de criterio en la evaluación de los hechos y la libertad para la formación de su convencimiento. Por otra parte, como lo tiene dicho la jurisprudencia, en circunstancias de hecho dudosas.—si fuera esa la hipótesis del caso presente—, los Tribunales quedan en libertad de decidirse por el extremo que, a su juicio, considere mejor demostrado".

Entonces, se tiene que, a juicio del Tribunal, está establecido que Fandiño laboraba al servicio de la obra de la carretera Ciénaga—Barranquilla, que sufrió un accidente y que éste se produjo cuando se disponía a cumplir la tarea que le había sido asignada y según el sentenciador esto se desprende de las pruebas producidas en el juicio. En cuanto a la vinculación laboral del trabajador a la empresa, el recurrente no atacó este aspecto de la sentencia y en relación con el accidente mismo, cuando aquél se disponía a cumplir su tarea, de la declaración del chofer que lo conducía con su compañero de trabajo "hacia determinado lugar" cuando los trabajadores "iban en horas de trabajo" no cabe pensar que se dirigían a sitio distinto de aquél en que debían cumplir su labor. Además, según el testimonio de Julio Bolaño Ortega, éste entre otras cosas dice "que de no estar en el trabajo a las seis (6) de la mañana, nos exponíamos a ser suspendidos" (y el accidente se produjo a las 5 a.m.). Teniendo en cuenta este testimonio y los otros a que se refiere el

Tribunal, ciertamente, como se ha dicho, no resulta por lo menos ostensible el error de hecho alegado para obtener el quebrantamiento del fallo recurrido.

Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.— “Fundado en el precedente razonamiento acuso la sentencia por violación directa del art. 199 del C.S.T. que el H. Tribunal interpreta erróneamente cuando considera que todo accidente sufrido por el trabajador cuando va en camino del lugar donde presta sus servicios, constituye accidente de trabajo. A consecuencia de la errónea interpretación anotada la sentencia viola también por infracción directa los arts. 204, 205 y 209 del C.S.T. al aplicarlos a un caso que no constituye accidente de trabajo. Este cargo incide también sobre el fallo porque el equivocado entendimiento del art. 199 del C.S.T. condujo a la condena de la sociedad demandada”. “1.º.— A la caída de Alberto Fandiño plenamente acreditada en el expediente, le confiere la sentencia acusada el carácter de accidente de trabajo. Esta calificación equivocada se debe a una errónea interpretación del art. 199 del C.S.T. como atrás se demostró”.

En primer lugar, la afirmación que hace el recurrente, de que el Tribunal “considera que todo accidente sufrido por el trabajador cuando va en camino del lugar donde presta sus servicios constituye accidente de trabajo”, no aparece en los términos que se le atribuyen. Dentro de lo estatuido por el art. 199 del C.S.T. al señalar lo que el legislador entiende por accidente de trabajo, está no sólo que el suceso sea imprevisto y repentino, sino que él sobrevenga “por causa o con ocasión del trabajo”, además de que se produzca la lesión orgánica o perturbación funcional, sin que el accidente haya sido provocado deliberadamente o por culpa grave de la víctima. Dentro de ese concepto, puede darse o nó el hecho de que el accidente sufrido se origine en una u otra de aquellas

modalidades previstas por la ley. Todo depende de lo que en cada caso aparezca al producirse el suceso; de la relación existente entre el trabajo y el accidente. El hecho está referido más que todo a la vinculación o conexidad entre el suceso y el trabajo y de ahí que se considere también en la ley la locución “por causa o con ocasión del trabajo” que debe ser examinada, específicamente cuando se trata de hacer la calificación correspondiente. Ninguna cosa distinta entendió el sentenciador y por tanto no hubo violación de la norma, por errónea interpretación, y por consiguiente, dada la calificación de accidente de trabajo hecha por el Tribunal, tampoco hubo violación de las otras disposiciones que el recurrente cita como infringidas.

Por lo demás, la propia forma como el recurrente alude a este aspecto de la violación por errónea interpretación de la norma, refiriéndose al “razonamiento precedente” hace que el problema lo sitúe dentro del ámbito de la cuestión probatoria, que en el accidente de trabajo tiene capital importancia, ya que en esos casos el hecho está directamente vinculado a las probanzas.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA; la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



**INTERPRETACION QUE DEBE DARSE AL DECRETO No. 528
DE 1964 EN SU ARTICULO 59**

La Corte declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra sentencia del Tribunal Superior de Medellín—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D.E., Junio diez y seis de mil novecientos sesenta y seis.—

(Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

En el juicio ordinario laboral promovido por JUDITH GARCIA DE LONDOÑO contra GREGORIO VELEZ, el apoderado judicial de este último interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado proferida el dieciocho (18) de Marzo pasado, por el Tribunal Superior de Medellín, corporación que se negó a concederlo con fundamento en el art. 59 del Decreto No. 528 de 1964, por cuanto el monto del interés para recurrir, cuando se trata de la parte demandada, se confunde con el de las respectivas condenas, que en este caso es de \$4.899,35.

Contra el proveído que así lo decidió, ha recurrido de hecho el aludido mandatario judicial de Gregorio Vélez, en la forma procesal delineada por la ley, y ante esta Sala el recurso fué sustentado en su debida oportunidad expresando, en síntesis, que la cuantía de lo demandado se eleva a la suma de \$33.740.00 según cálculos aritméticos deducidos por el interesado sobre las diferentes prestaciones e indemnizaciones laborales reclamadas (folio 16).—

SE CONSIDERA:

Ya esta Sala de la Corte tuvo oportunidad de fijar su criterio sobre la interpretación que debe dársele al Decreto No. 528 de 1964 en su artículo 59, y expresó esencialmente en auto de Noviembre 29 de 1965 esto:

“Conforme a la norma citada, ‘en materia laboral admiten el recurso de casación las sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios ordinarios por los tribunales superiores de distrito judicial... siempre que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos’.

“La disposición que regía anteriormente (art. 86 del C.P.L., tal como fué modificado por el art. 9o. del Decreto No. 1762 de 1956), para efectos del recurso de casación laboral no sólo fijaba una cuantía inferior (cuatro mil pesos \$4.000.00) sino que la refería al respectivo juicio ordinario, o sea al monto de la acción, y no al del interés para recurrir. Y como, establecida la cuantía de un juicio, es una misma para todos los litigantes, la sentencia susceptible del recurso de casación para uno de ellos lo era en idénticos términos para los demás.

“El nuevo sistema plantea situaciones muy distintas. Porque el interés para recurrir en casación, si se trata de la parte demandante, se mide por la diferencia cuantitativa entre las peticiones pertinentes de la demanda que tengan siquiera un discutible respaldo probatorio en el proceso, y las decisiones de la sentencia que se habría de impugnar; mientras que si se trata de la parte demandada, la cuantía de ese interés no puede sobrepasar el monto de las condenas deducidas en la misma sentencia. Siendo, pues, las decisiones de ésta las que permiten fijar en guarismo concreto el interés económico de cada litigante para ir a casación, los cálculos respectivos deberán extenderse hasta la fecha de la providencia recurrida y no, como antes, sólo hasta la presentación del libelo inicial o de su corrección.

“En el presente caso, las condenas

fulminadas por la sentencia valen \$24.101.95, suma inferior al mínimo requerido para la viabilidad del recurso, respecto de la parte demandada. En cambio, entre esa cifra y el total de las peticiones pertinentes de la demanda la diferencia excede con mucho de treinta mil pesos (\$30.000.00). Por tanto, SE ADMITE el recurso interpuesto por el demandante,... y no se admite el que interpuso la demandada,... (Juicio de Alfonso Jurado Zambrano contra Bavaria S.A.)”.

La anterior transcripción jurisprudencial, aplicada al asunto *sub-júdice*, en el cual las condenas efectuadas por el fallador *ad-quem* sólo llegan a la suma de \$4.899.35, que debe pagar el demandado, único recurrente, es suficiente para concluir que el recurso extraordinario propuesto no satisface el

mínimo de la cuantía exigida por la ley para su viabilidad.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, DECLARA BIEN DENEGADO el recurso extraordinario de casación interpuesto en el caso que se examina.

Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Medellín este proveído para que conste en autos.— Sin costas.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y ARCHIVASE EL EXPEDIENTE.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RUPTURA UNILATERAL DEL MISMO.

Interpretación y alcance del art. 64 del C.S.T.

El art. 64 del C.S.T. consagra el principio de que quien incumple el contrato de trabajo debe indemnizar los perjuicios. Pero no dice que el sólo incumplimiento genera la condena al pago de los perjuicios en la forma indicada en el inciso segundo. Precisamente la frase inicial del dicho inciso deja esclarecido el punto, como quiera que obviamente condiciona el pago del lucro cesante al "caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios"; de donde si no tiene que indemnizar, nada deberá pagar. Y no recibe perjuicio un trabajador despedido injustamente antes de la terminación de su contrato, si inmediatamente entra a trabajar para otro patrono en las mismas condiciones. Y es que, como bien es sabido, la sólo culpa de un contratante no genera siempre y de suyo el perjuicio. En numerosos casos la Sala ha sostenido esta tesis. En sentencia de junio 11 de 1959 G.J. XC, 221112 pág. 873 dijo: "A pesar de que en autos se halle probado que hubo ruptura unilateral e ilegal o injusta de un contrato de trabajo, el patrono queda exento de la sanción de que habla el art. 64 del C.S.T., si llega a probar que el trabajador no ha sufrido perjuicio alguno con la terminación de dicho contrato por haber entrado a trabajar a otra empresa inmediatamente después de la terminación y con un salario igual o mayor al devengado anteriormente.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., junio diez y seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En demanda que queda radicada en el Juzgado Sexto del Trabajo de éste circuito Víctor E. Vargas demanda al Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico para que sea condenado a pagarle la suma de \$5.683.35 "a que montan los sueldos correspondientes al tiempo faltante para el cumplimiento del contrato

presuntivo de trabajo" que tenía celebrado con dicho Instituto, contrato que éste rompió unilateral e ilegalmente.

Agotada la primera instancia, el Juzgado absuelve al Instituto, y apelada la correspondiente sentencia por el actor, el Tribunal de Bogotá la confirma.

La parte medular de dicho proveído es del siguiente tenor:

"Sea lo primero observar que en el interrogatorio libre que se le formuló al demandante, en el Juzgado del conocimiento; según lo indican los folios 63 y 64, este confesó que cuando el instituto demandado, en este juicio, le aceptó la renuncia del cargo que venía ejerciendo y que fué presentada el 30 de noviembre de 1954, el actor se encontraba prestando servicios en la entidad denominada "Centrales Eléctricas de Tunja S.A. pero por cuenta del Instituto demandado, según explicó, pues la dicha central no se había constituido aún como sociedad".

"Agregó que cuando recibió la comunicación de la demandada sobre la aceptación de su renuncia, convino con el Gerente de Centrales Eléctricas de Tunja S.A. en seguirle prestando servicios a esta última, los que en efecto llevó a cabo hasta el 1o. de junio de 1955 con un salario mensual de \$1.100.00 más los viáticos de acuerdo con el tiempo de la comisión lugar etc. Confesó además que inició un juicio ordinario de trabajo ante el Juzgado del Trabajo de Tunja contra la última entidad nombrada. De otra parte, la copia autenticada de la demanda presentada por el actor contra Centrales Eléctricas de Tunja S.A., de la cual es precedente destacar los siguientes hechos que constituyen una confesión del demandante "El Dr. Víctor Vargas se encontraba trabajando para "Centrales Eléctricas de

Tunja S.A." comisionado por el Instituto de Fomento Eléctrico, cargo que desempeñó hasta el 10 de mayo de 1955 en que se declaró terminada su relación de trabajo por el Instituto. El Gerente de la entidad demandada Dr. Gentil Vera, solicitó a Vargas la continuidad en la prestación de los servicios para "Centrales Eléctricas de Tunja" **MOMENTO EN EL CUAL SE CREA UNA NUEVA SITUACION JURIDICA CONTRACTUAL** (las mayúsculas son del Tribunal). En el desarrollo del nuevo contrato, Vargas viajó a la poblaciones del Espino y Tenza, cumplió las órdenes impartidas por la entidad patronal, estuvo subordinado cumpliendo horarios y disposiciones patronales. Al trabajador se le pagaron los servicios prestados y se le reconocieron los viáticos causados desde el 11 de mayo hasta el 10 de junio de 1955, mediante inclusión en la nómina de los empleados de la empresa. "Finalmente, es procedente hacer notar que a partir del 21 de julio de 1955 el demandante, según indican las probanzas aportadas a los autos, le prestó servicios personales en la planta de fertilizantes al Instituto de Fomento Industrial hasta el treinta de abril de 1956 con una asignación mensual de \$1.000.00".

"Lo anterior indica que, aún dando por sentado que hubiera existido, por parte de la entidad demandada, en este juicio, ruptura unilateral del contrato de trabajo que la vinculaba con el actor, no se causó perjuicio alguno a ésta por cuanto ya se vió que él continuó prestándole servicios a Centrales Eléctricas de Tunja S.A., primero y más tarde al Instituto de Fomento Industrial devengando salario lo cual está significando que el patrono en el caso sub-judice, no debe indemnización alguna al extrabajador por concepto de salarios faltantes para la terminación del plazo presuntivo puesto que para que aquella se cause se parte de la base de que con el rompimiento ilegal del contrato de trabajo el trabajador recibe un perjuicio al verse privado de la remuneración de que habría seguido disfrutando de no haber sobrevenido la ruptura de la relación contractual laboral, lo cual ciertamente no sucedió en el caso en estudio puesto que el demandante en ningún momento se vió privado de percibir sus salarios ya que inmediatamente fué contratado por otros patronos, en la forma que ya quedó explicada.

Por tanto se confirmará lo dispuesto por el Juez a—quo".

"No habiendo recibido el actor perjuicio alguno, a causa de la terminación del contrato de trabajo que tenía celebrado con el Instituto Nacional de Aprovechamiento debe negarse la súplica impetrada".

Interpuso recurso de casación contra dicha sentencia por el demandante, éste le formula dos cargos, invocando la causal primera del art. 87 del C.P.L. e impetrando la casación total del fallo del a—quo y su sustitución por uno en que se satisfagan las pretensiones que formuló en la demanda inicial del juicio.

Se estudian los cargos.

"Primer Cargo.— Apurto a que la Sentencia es violatoria por interpretación errónea del Art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 64 — 47 — y 49, todos en concordancia, de la misma obra. El Honorable Tribunal tiene el concepto equivocado de que aunque el patrono o empresario rompa unilateralmente el contrato de trabajo que lo vincula con el trabajador no debe indemnización si el trabajador es contratado por otros patronos en el tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo y el concepto de la norma claro y preciso es el de que el patrono tiene que indemnizar perjuicios al trabajador cuando se da el caso de la ruptura unilateral e ilegal del contrato; es decir que, dado el acontecimiento de la ruptura unilateral e ilegal del contrato, se sucede automáticamente el que el patrono "tenga que indemnizar perjuicios al trabajador". Tanto es así que la misma norma indica como *modus operandi* para la aplicación de la misma que el lucro cesante (que es uno de los elementos de la indemnización de perjuicios) "consista en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

"El Honorable Tribunal conceptuó erradamente que lo que determina la indemnización de perjuicios no es el que el patrono haya violado el contrato de trabajo con el trabajador sino el que otro patrono haya o no contratado al mismo trabajador durante el tiempo faltante para cumplirse la convención de las dos partes. El Honorable Tribunal no ha aceptado interpretación cabal de la norma violada de que cuando hay ruptura unilateral es necesario indemnizar perjuicios al trabajador sin que entre estos

causa y efecto se deba interponer ninguna otra consideración. Por tanto, al añadir un elemento exceptivo para la indemnización de perjuicios entre éste y la ruptura unilateral e ilegal del contrato, el Honorable Tribunal ha violado este artículo 64 y los demás concordantes ya citados, por errónea interpretación. Con el concepto del Tribunal sobre la norma que señalo violada se llegará a la conclusión de que en los litigios sobre violación de los contratos de trabajo no es necesario analizar si hubo violación o no de ellos como es el caso del presente juicio en que el Tribunal no se detuvo a examinar si el patrono había roto o no unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo precisamente por el equivocado concepto de lo que la norma ordena”.

SE CONSIDERA:

Ante todo debe anotarse que el Tribunal no ha negado lo preceptuado por los Arts. 47 y 49 del C.S.T., sobre plazo presuntivo y prórroga automática de contratos a término indefinido, ni ha intentado hacer respecto a ellos alguna interpretación particular. Sólo que estimó que, por no haber sufrido perjuicios el demandante por la ruptura unilateral del contrato, en caso de que realmente hubiera ocurrido, no había lugar a hacer la correspondiente condena. Y la no ocurrencia de los perjuicios la dedujo del hecho de haber entrado a trabajar para otro patrono el mismo día en que se le hizo efectiva la renuncia por parte del Instituto.

El art. 64 del C.S.T. consagra el principio de que quien incumple el contrato de trabajo debe indemnizar los perjuicios. Pero no dice que el sólo incumplimiento genere la condena al pago de los perjuicios en la forma indicada en el inciso segundo. Precisamente la frase inicial del dicho inciso deja esclarecido el punto, como quiera que obviamente condiciona el pago del lucro cesante al “caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios”; de donde si no tiene que indemnizar, nada deberá pagar. Y no recibe perjuicio un trabajador despedido injustamente antes de la terminación de su contrato, si inmediatamente entra a trabajar para otro patrono en las mismas condiciones. Y es que, como bien es sabido, la sólo culpa de un contratante no genera siempre y de suyo el perjuicio. En numerosos casos la Sala

ha sostenido esta tesis. En sentencia de junio 11 de 1959 G.J. XC, 221112 pág. 873 dijo: “A pesar de que en autos se halle probado que hubo ruptura unilateral e ilegal o injusta de un contrato de trabajo, el patrono queda exento de la sanción de que habla el art. 64 del C.S.T., si llega a probar que el trabajador no ha sufrido perjuicio alguno con la terminación de dicho contrato por haber entrado a trabajar a otra empresa inmediatamente después de la terminación y con un salario igual o mayor al devengado anteriormente”.

“*Segundo Cargo.*— La sentencia es violatoria, por error en la apreciación de pruebas, indirectamente, de los artículos 47 — 49 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo. El Honorable Tribunal dedujo de la prueba de interrogatorio libre de los folios 63 y 64 que cito como apreciados erróneamente y del contenido de la copia presentada por la parte demandada (de un juicio del Dr. Vargas contra Centrales Eléctricas de Tunja S.A. que obra a los folios 60 y 62, que inclusive no debiera haberse tenido en cuenta por cuanto no fue citado en la contestación de la demanda) que el demandante no sufrió perjuicio alguno por haber quedado cesante como consecuencia de la ruptura unilateral del contrato por parte del Instituto y que por tanto no se debía ninguna indemnización; cuando lo que, de estas pruebas se deduce únicamente es que el demandante trabajó durante una parte del plazo presuntivo a otro patrono y que durante el tiempo restante que correspondería a la indemnización no lo devengó por cuanto se vió precisado a demandar al nuevo patrono para que le respetara un nuevo pacto presuntivo. Más bien se deduce de esto que si tuvo perjuicios ya que quien se vió obligado a poner pleito estuvo sufriendo por este mismo hecho un perjuicio. Entonces, el Honorable Tribunal ha cometido un ostensible error de hecho en el Análisis de estas probanzas que lo ha hecho violar —los preceptos legales citados y lo ha llevado aún a dejar de apreciar las demás pruebas del expediente como son las que demuestran el rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo por parte del Instituto y que se encuentran a los folios 1 y 5 del expediente 18 — 19 — 22 — 23 — 25 y 26 — 36 — 37 — 39 y 40 en donde se demuestran la existencia del contrato de trabajo y el rompimiento unilateral del mismo. Por tanto también se ha incurrido en error de hecho por

falta de apreciación de pruebas que consiste en no haber dado por demostrada la ruptura unilateral del contrato de trabajo y que llevó a la violación indirecta de las normas citadas”.

Como puede apreciarse, el recurrente encara en primer lugar lo relativo a los perjuicios que sufrió, y luego, lo atinente a la ruptura unilateral del contrato. Pero siendo los perjuicios consecuencia de la ruptura, es claro que la Sala deberá comenzar por examinar este segundo punto del cargo.

Y al respecto anota que el recurrente no satisface los requisitos que exige la técnica del recurso, ya que no demuestra el error de hecho que le imputa al Tribunal, lo que implicaría una confrontación entre las apreciaciones del Tribunal, con las que ha debido hacer al respecto. La exigencia de la demostración del error deriva directamente del art. 87 del C.P.L. (“... demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho...”), y no se cumple con ella

con la sola indicación de pruebas y la enunciación del error: éste debe demostrarse.

Lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, ya que, se repite, la ruptura unilateral del contrato por parte de la demandada se alega como la causa de los perjuicios.

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 recurrida.

Costas a cargo del demandante.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

EL ELEMENTO SUBORDINACION COMO REQUISITO ESENCIAL PARA CONFIGURAR EL CONTRATO DE TRABAJO.

En el derecho laboral se distingue entre trabajo dependiente y trabajo independiente y por ende, entre trabajadores subordinados y trabajadores libres. El primero es el que se cumple o presta con sujeción a un patrono, mediante contrato de trabajo; mientras que el segundo es el que se realiza o cumple sin sujeción a ningún patrono, con autonomía, mediante la celebración de actos o contratos de derecho común. En el contrato de trabajo se deben reunir, como necesarios, los requisitos de que trata el artículo 23 del C.S. del T., o sean, la prestación de un servicio personal, bajo la continuada dependencia o subordinación del patrono y un salario, como retribución de aquél. Es trabajador independiente o libre el que se obliga a la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra, en forma personal o por medio de otras personas, con autonomía técnica y directiva para la realización del servicio o para la ejecución de la obra por un precio determinado.

Los elementos "subordinación" en el contrato de trabajo y "autonomía" en el independiente, son los que diferencian las dos relaciones. De ahí que la ley laboral haya establecido que la subordinación es de la esencia del contrato de trabajo y que donde exista, hay contrato de esa naturaleza y a contrario sensu, si la subordinación no aparece en la relación contractual, preciso es entender que ésta se regla por las normas del derecho común, como quiera que se trata entonces de un trabajador independiente.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veinte de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Mario Barrios Monroy.— Auxiliar de Casación Laboral).

GILBERTO HENAO por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado de Trabajo de Popayán, a la Sociedad Anónima denominada "CINE COLOMBIA S.A.", domiciliada en Medellín y representada por el señor Jorge Isaza A., vecino de la misma ciudad, para que se la condene al pago de las

siguientes cantidades y por los conceptos que se enuncian:

Cinco mil ochocientos cincuenta pesos (\$5.850.00) por concepto de salarios que se dejaron de pagar durante 104 meses, comprendidos entre el 24 de octubre de 1947 y el 30 de junio de 1956, teniendo en cuenta el recargo del 25o/o por haber desempeñado el demandante sus funciones en las horas de la noche; quinientos cuarenta pesos (\$540.00) por concepto de auxilio de cesantía, correspondiente al tiempo servido, ocho años y ocho meses, a razón de sesenta pesos (\$60.00) mensuales; quinientos noventa y cinco pesos (\$595.00) por concepto de zapatos y overoles que no le fueron suministrados por la Empresa durante los 17 semestres de servicio y por último, que se condene a la Empresa demandada a pagar la suma de seis mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$6.985.00), cantidad a que asciende el monto de las reclamaciones.

Y subsidiariamente, en caso de no aceptarse las liquidaciones presentadas, que se hagan estas declaraciones: "Que la Empresa "Cine Colombia S.A.", domiciliada en Medellín, debe al señor Gilberto Henao la suma correspondiente a lo que dejó de pagársele por concepto de salarios mínimos durante el lapso de 104 meses, o sea, del 24 de octubre de 1947 al 30 de junio de 1956; que la mencionada Empresa debe al señor Gilberto Henao lo que corresponde al valor de zapatos y overoles que no se le suministraron durante diez y siete (17) semestres de trabajo; que la Empresa mencionada debe también al señor Gilberto Henao el valor del auxilio de cesantía en el lapso de nueve (9) años, a razón de un mes de sueldo, o sean \$60.00 mensuales por cada año de servicio. Que en consecuencia se condene a la Empresa "Cine Colombia S.A." a pagar a Gilberto Henao el valor de los salarios que se le dejaron de pagar para completar el mínimo durante 104 meses, lo mismo que el

gravámen sobre éste del 25o/o, el auxilio de cesantía, el valor de los zapatos y overoles durante 17 semestres, pagos que debe hacer la sociedad demandada, tres días después de ejecutoriada esta sentencia”.

Los hechos que sirven de fundamento a las anteriores peticiones pueden resumirse así:

Que la sociedad demandada tiene establecida una filial en Popayán, cuyo representante legal, el 24 de octubre de 1947, contrató los servicios de Gilberto Henao, para que recibiera durante la noche en los Ferrocarriles Nacionales, División Pacífico, las películas que venían para la Empresa y las llevara al teatro debiendo volverlas a recibir para su reaforo después de su presentación, todo bajo la responsabilidad de Henao; que este trabajo se cumplió por parte de Henao desde la fecha atrás señalada hasta el 30 de junio de 1956, con una remuneración de \$15.00 mensuales, que al no ser aumentados motivaron el rompimiento del contrato; que la empresa no quiso reconocerle a Henao el salario mínimo de \$60.00 ni el recargo del 25o/o por ser nocturno el trabajo que cumplía y que hasta la fecha de la demanda no se le ha pagado el auxilio de cesantía, ni el valor de los overoles y calzado, ni ninguna clase de prestaciones sociales a que por ley está obligada la Empresa demandada.

Por medio de apoderado “Cine Colombia S. A.” en tiempo hábil procedió a contestar la demanda, negó tener una filial en Popayán y que Henao hubiera sido trabajador de la Empresa, ya que simplemente es, dijo, un “zorrero”, o “acarreador”, o “terciador”, que tenía su actividad independiente, razón por la cual manifestó se opone a que se hagan las declaraciones solicitadas como principales y como subsidiarias y sobre el particular a la letra expresó:

“a).— Que Gilberto Henao no era un trabajador de “Cine Colombia S. A.” pues aun cuando recibía una paga por acarrear películas, su actividad no estaba subordinada en el sentido de obedecer órdenes de la compañía, es decir, que podía o no cumplir sus compromisos, pues su obligación era de simple resultado, consistente en transportar unas películas desde la estación del Ferrocarril hasta las oficinas de “Cine Colombia S. A.” o viceversa, y cuando lo hacía percibía una suma de dinero y nada más.

“b).— Que Henao era un trabajador independiente cuya actividad laboral no

estaba subordinada a la Empresa;

“c).— Que cuando Henao no transportaba películas, como ocurrió muchas veces, el Administrador de “Cine Colombia S. A.” en esta ciudad, se veía obligado a buscar los servicios de otro zorrero in que por esta falta pudiera el administrador llamar la atención a Henao, ni imponerle sanciones como equivocadamente sugiere el señor apoderado del demandante;

“d).— Que como trabajador independiente, Henao casi siempre traía y llevaba simultáneamente con las películas al Ferrocarril, distintas clases de mercancías de varios dueños que ejercen el comercio en esta ciudad;

“e).— Que en muchas ocasiones, Gilberto Henao, porque no pudo, o no quiso acarrear las películas, envió en su reemplazo a otros zorreros o acarreadores y la Compañía aceptó esto, porque nunca con el trabajador independiente señor Henao se pactó actividad personal de éste;

“f).— Que además, dentro de su actividad independiente Henao nunca necesitó más de una hora efectiva en recibir y llevar las películas para aforarias al Ferrocarril y otra hora en recibir, transportar y entregar las películas a la Compañía. Es decir que ejecutaba su labor independiente en dos horas durante el día o durante la noche, pero nunca más de dos horas diarias”.

El señor Juez del Trabajo de Popayán puso fin a la primera instancia, mediante sentencia por medio de la cual absolvió de todos los cargos formulados a la Sociedad “Cine Colombia S. A.”, representada por su Gerente Jorge Isaza A., por estimar que entre demandante y demandada no se estructuró, en términos del art. 23 del C. S. del T., contrato de trabajo.

La providencia en cuestión fue recurrida y luego de los trámites de ley, el Tribunal de Popayán la confirmó en todas sus partes, fallo contra el cual ha sido interpuesto recurso de casación.

EL RECURSO.

Al impugnar la sentencia de segunda instancia se propone el recurrente que sea casada en su totalidad, para que se reconozca que existió contrato de trabajo entre Gilberto Henao y la Empresa “Cine Colombia S. A.” y a la letra concreta el “ALCANCE DE LA

IMPUGNACION" en los siguientes términos:

"Existió contrato de trabajo entre Gilberto Henao y Cine Colombia S. A., hubo por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán aplicación indebida de normas sustantivas por error (sic) de hecho en la apreciación en los testimonios rendidos". Y como "PRIMER CARGO" y en verdad el único que contiene la demanda, expresa:

"Aplicación indebida del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo: '1o.—) Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o (sic) subordinación de la segunda y mediante remuneración... 2o.—) Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario".

"Aplicación indebida del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Para que haya contrato de trabajo se requerirá que concurren estos elementos esenciales:

"a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

"b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y

"c) Un salario como retribución del servicio".

Y agrega: "Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le de, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen". Y

"Aplicación indebida del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo: 'Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Y concluye el recurrente: "La aplicación indebida de las anteriores disposiciones obedeció al error de hecho cometido en la apreciación de los siguientes testimonios:..." y acto seguido cita los rendidos por Carlos Artunduaga, Pedro Belalcázar, Clelia Fernández, José Luis Lotero T., Arturo Castillo, Sinforoso Cifuentes y Telésforo

Maya U.—

Y no obstante lo dispuesto en el art. 91 del C. Procesal del Trabajo, algunos apartes de jurisprudencias nacionales y extranjeras para reforzar sus razonamientos.

SE CONSIDERA:

Auncuando la demanda no se ajusta estrictamente a la técnica del recurso de casación en lo que toca con el concepto mismo de la infracción, no es del caso imponer el rechazo de la misma, porque lo desarrollado en ella, en forma concreta, es la comisión de errores de hecho en la apreciación de probanzas con indicación de los textos violados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Laboral, apoyado en los arts. 5o., 22 y 23 del C. S. del T., que definen los dos primeros el trabajo que constituye el objeto propio de la regulación jurídica de ese estatuto legal y el contrato de trabajo propiamente dicho, y el tercero, que desarrolla el inmediatamente anterior, razonó de la siguiente manera para decidir sobre la no existencia del contrato de trabajo en el caso en estudio y decretar la absolución de la parte demandada, haciendo hincapié en el último texto citado, muy particularmente:

"De tales elementos es el segundo el que interesa al caso de autos, pues como atrás se vió, está plenamente demostrado, con la confesión de la parte demandada, que el demandante Henao ejecutó para ésta la labor que se cita en el libelo de demanda, mediante remuneración. Quiere ésto decir, que está probada la existencia de los otros dos elementos requeridos por la ley, cuales son actividad personal del trabajador y la remuneración, como contraprestación del servicio...". Y adelante agrega: "...En el caso de autos no se advierte el elemento subordinación, en la forma requerida por la ley y la doctrina universal, para la configuración del contrato de trabajo. El demandante Henao no estuvo subordinado a la empresa demandada, en la realización de la labor cuestionada. Su obligación no consistió en poner a disposición de la empresa demandada su capacidad de trabajo; el objeto de su obligación era el transporte de películas, en forma independiente, no subordinada. Se trataba de una obligación de resultado, cuyo objeto quedaba satisfecho cada vez que el

demandante transportaba las ameritadas películas de la Estación del Ferrocarril a las oficinas de Cine Colombia S. A. y viceversa, que era a lo que se había comprometido con la empresa demandada. . .”.

En el derecho laboral se distingue entre trabajo dependiente y trabajo independiente y por ende, entre trabajadores subordinados y trabajadores libres. El primero es el que se cumple o presta con sujeción a un patrono, mediante contrato de trabajo; mientras que el segundo es el que se realiza o cumple sin sujeción a ningún patrono, con autonomía, mediante la celebración de actos o contratos de derecho común. En el contrato de trabajo se deben reunir, como necesarios, los requisitos de que trata el art. 23 del C. S. del T., o sean, la prestación de un servicio, personal, bajo la continuada dependencia o subordinación del patrono y un salario, como retribución de aquél. Es trabajador independiente o libre el que se obliga a la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra, en forma personal o por medio de otras personas, con autonomía técnica y directiva para la realización del servicio o para la ejecución de la obra por un precio determinado.

Los elementos “subordinación” en el contrato de trabajo y “autonomía” en el independiente, son los que diferencian las dos relaciones. De ahí que la ley laboral haya establecido que la subordinación es de la esencia del contrato de trabajo y que donde exista, hay contrato de esa naturaleza y a contrario sensu, si la subordinación no aparece en la relación contractual, preciso es entender que ésta se regula por las normas del derecho común, como quiera que se trata entonces de un trabajador independiente.

Y ésto es precisamente lo que debe examinarse en el caso de autos: Si el contrato celebrado entre el demandante Gilberto Henao de una parte y la Empresa “Cine Colombia S. A.”, de la otra, fue un contrato de trabajo o si por el contrario, lo fue de derecho común. O en otras palabras, si Henao cumplió un trabajo dependiente o si por el contrario lo llevó a cabo independientemente, con autonomía. Si lo primero, se encuentra amparado por las normas del C. S. del T. Si lo segundo, nada tiene que ver con ellas y su situación se regula por las disposiciones del derecho común.

Gilberto Henao, por la época en que se

inició este juicio y claro está, con anterioridad, como se desprende de la demanda y ha sido admitido por la Empresa demandada, ejercía la profesión u oficio de acarreador, con una carretilla de tracción animal, y nada indica que estuviera subordinado a “Cine Colombia S. A.”, porque por el contrario, como se verá adelante, todo lo muestra como un trabajador libre e independiente, que prestaba su actividad a toda persona que demandara sus servicios, como se desprende de los testimonios rendidos por Carlos Artunduaga, Pedro Belalcázar, Clelia Fernández, Arturo Castillo y Luis Hernando López, testimonios que, afirma el recurrente, fueron apreciados erróneamente, lo que llevó al ad—quem a aplicar indebidamente los arts. 22, 23 y 24 del C. S. del T., ya que según el actor, tales declaraciones sirven para demostrar la existencia de un contrato de trabajo entre Henao y la Empresa demandada, como quiera que relieván los elementos constitutivos de este contrato.

No cabe duda alguna acerca de que Henao ejecutó la labor que se le asigna en la demanda, porque así lo reconoció la Empresa demandada, como también, que por su realización recibió una retribución. Pero como lo dice el Tribunal, no se advierte en la relación que se examina, el elemento subordinación, que es de la esencia del contrato de trabajo y por consiguiente el que le es característico y que consiste en la facultad del patrono respecto del trabajador “para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos”, subordinación o dependencia que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato.

Las declaraciones a que atrás se hizo referencia, indican que efectivamente Henao cumplió para “Cine Colombia S. A.” la labor consistente en reclamar en la Estación del Ferrocarril las películas que llegaban para la Empresa y luego de exhibidas, reaforarlas nuevamente, labor por la cual recibía la suma de quince pesos al mes. Pero ninguna relievá la facultad que tuviera “Cine Colombia S. A.” de darle órdenes en relación con el cumplimiento de su obligación en cualquier momento, en lo referente al modo de llevarla a cabo, en cuanto al tiempo que debía invertir o en cuanto toca con la cantidad de trabajo, y

además señalan: Que Henao no era empleado del Teatro, que se le había contratado para que llevara las películas del ferrocarril a la Empresa y luego de ésta al ferrocarril, para ser reaforadas; que era un acarreador que tenía una carretilla de tracción animal en la que transportaba películas de otros teatros no dependientes de Cine Colombia S. A., además de mercancías de diversos comerciantes; que cuando no llevaba las películas, la empresa demandada usaba de los servicios de otro carretillero. Así declaró Artunduaga y en forma similar lo hicieron Pedro Belalcázar y Clelia Fernández. Arturo Castillo expresó que Henao era un carretillero de profesión, dueño de una zorra de tracción animal, en la que transportaba artículos de varias casas comerciales y en términos similares depuso Luis Hernando López Torres, amén de que los testigos Lotero, Maya y Cifuentes, dicen que Henao era un acarreador que trabajaba libremente en la calle a quien solicitara sus servicios y el último, agregó que en algunas ocasiones Henao lo contrató para que llevara a la Empresa "Cine Colombia S. A." las películas que llegaban en el ferrocarril y a éste, las que aquélla remitía, servicios por los cuales Henao le pagaba \$2.00 por "carrera".

De lo anterior se desprende que el Tribunal apreció adecuadamente y en su exacto valor, las declaraciones que conforman el acervo probatorio, elementos de los cuales dedujo que la labor cumplida por Henao es de todo punto de vista ajena al Derecho Laboral, como quiera que se trata de una labor de resultado, que implica la necesaria independencia de parte del obligado, cuyo objeto quedaba satisfecho cada vez que hacía el transporte de las cintas cinematográficas de

la Estación del Ferrocarril a las oficinas de la demandada y viceversa. Ejercía, pues, Henao el oficio de acarreador y sus servicios eran utilizados por toda persona que los requiriera, sin llegar al grado de subordinado de ninguna de ellas. Era un trabajador libre e independiente en ejercicio de una actividad puesta al servicio de quien la demandara, pidiera o solicitara. Y así lo dicen los testigos, todos los cuales son claros en lo que se refiere al servicio que a "Cine Colombia S. A." prestaba Henao y a que por él recibía, como es obvio, una remuneración en relación con la cual, no importa para nada que se cubriera por mensualidades, como era el caso.

Cabe anotar que por amplitud se ha hecho este estudio, ya que el recurrente se limitó a acusar disposiciones que entrañan definiciones y no las que consagran los derechos que pretende.

Indica todo lo anteriormente expresado, que el cargo formulado contra la sentencia del ad—quem, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas de cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

JUSTA CAUSA DE TERMINACION DEL CONTRATO SIN PREVIO AVISO

Aplicación del numeral 7o. del art. 62 del C.S. del T.— Cuando el motivo de la sanción justifica la extinción del contrato, por mandato legal constituye “justa causa” para que el contrato de trabajo se de por terminado.— Plena buena fe patronal en el despido a que se refiere el caso de autos.— Sanción privativa de la libertad por la comisión de un delito.

Se refiere la norma del art. 62 del C. S. del T. (numeral 7o.) a dos fenómenos de por sí bien distintos: la detención preventiva del trabajador y el arresto correccional que exceda de ocho días. La detención preventiva es aquella medida que se decreta dentro de las investigaciones penales, cuando existen elementos de prueba (declaración de un testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de responsabilidad penal), que permitan presumir que una vez reforzados con otros medios probatorios, pueda definirse la participación de una persona en la comisión de hechos delictivos y tiene por objeto impedir su marginación voluntaria del proceso en contra de los intereses de la justicia, hasta tanto la calificación del hecho investigado se produzca, siendo de advertir que la medida procede cuando la infracción tuviere señalada pena de presidio o prisión, al tenor de lo que dispone el art. 379 del C. de P. P. El arresto correccional es ante todo una medida de carácter policivo, por lo general, de menor significación, como es obvio, que la detención preventiva. Pero los dos fenómenos, cuando el primero excede de treinta días y el segundo de ocho o por un tiempo menor, cuando el motivo de la sanción justifique la extinción del contrato, por mandato legal constituyen “justas causas” para que el contrato de trabajo se de por terminado, de manera unilateral, sin necesidad de aviso previo.

Si la ley expresamente autoriza la terminación unilateral de un contrato de trabajo sin aviso previo, en casos de menor gravedad, con mayor razón la permiten aquéllos en que —como en el que es materia de estudio— se trata nada menos que de una sanción privativa de la libertad por la comisión de un delito, impuesta por autoridad competente en sentencia confirmada por el superior, como es el caso.

Cabe advertir que de conformidad con lo que preceptúa el art. 203 del C. de P. P., en materia criminal no se puede dictar sentencia condenatoria sino cuando en el proceso obran, 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”.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos sesenta y seis.—

(Proyectó: Dr. Mario Barrios Monroy.— Auxiliar de Casación Laboral).

En virtud de recurso de casación interpuesto por la parte demandada, se revisa la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario laboral de ELADIO ARANGO OCHOA contra la empresa “ARROCERA CENTRAL LTDA.” con domicilio en la ya mencionada ciudad.

I.— EL LITIGIO Y SU DESARROLLO.

El señor Francisco Eladio Arango Ochoa, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín a la empresa “Arrocera Central Ltda.”, para que sea condenada a pagarle, las sumas de dinero que en el juicio se prueben y por los conceptos que a continuación se anotan: Pensión mensual de jubilación “cuando cumpla cincuenta años de edad”; indemnización por mora en el pago de los conceptos demandados, desde cuando se puso fin al contrato de trabajo hasta cuando se verifique el pago o se efectúe el depósito de que trata el artículo 65 del C. S. del T. y las costas del juicio, y como petición subsidiaria, solicita que se condene a la Empresa demandada a pagarle el valor del correspondiente auxilio de cesantía.

En la exposición de los hechos el señor apoderado de Arango Ochoa indica cómo por escritura Pública No. 3071 de fecha 30 de diciembre de 1955, otorgada ante la Notaría Sexta del Circuito de Medellín, se constituyó la sociedad demandada, la que sustituyó en todas sus obligaciones y derechos a la llamada "Cía. Harinera Antioqueña", cuyo giro de negocios continuó y cómo, con ésta inició labores como trabajador el señor Arango Ochoa, desde el día 26 de agosto de 1939 hasta cuando fue despedido por la primera compañía citada, el 29 de octubre de 1957, habiendo desempeñado durante el lapso indicado las funciones de celador, siendo su última remuneración la de cinco pesos con veinte centavos (\$5.20) diarios, además del doble salario que se le pagaba por concepto de días feriados. Y cuenta el señor apoderado cómo el día 29 de octubre de 1957, el señor Arango Ochoa fue detenido por las autoridades competentes y enviado a la cárcel del respectivo Distrito Judicial en virtud de sentencia condenatoria en su contra, proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Medellín, la que fue confirmada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito, providencia por medio de la cual se le condenó a la pena principal de cuatro meses de arresto por la comisión de un delito de "lesiones personales" en María Orrego de Sánchez, habiendo sido puesto en libertad treinta y cinco (35) días después, cuando el fallador observó que la sentencia carecía de piso, como quiera que la acción penal había prescrito, lo que se estableció y dió lugar a la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

La Empresa demandada, en comunicación fechada el día 7 de noviembre del mismo año (1957), informó al trabajador que en el Banco de la República y con título No. 48452, expedido a la orden del Juzgado Segundo del Trabajo de Medellín, fue depositada la suma de quinientos setenta pesos con cincuenta centavos (\$570.50), "...que corresponden a Ud. por prestaciones sociales de acuerdo con la ley", y, acto seguido en la misma comunicación se le dicen los motivos para esta determinación en la siguiente forma: "...El abandono del trabajo que Ud. hizo, motivado por la pena de arresto de cuatro meses, a que ha sido condenado en sentencia emanada del Juzgado Tercero Penal Municipal de fecha cuatro de abril del presente año y confirmada

en todas sus partes por el señor Juez Quinto del Circuito Penal, el primero de octubre último, según la certificación en nuestro poder, que copiamos...". Quedó así terminado por parte de la Empresa el contrato de trabajo que ligaba al señor Arango Ochoa con la demandada "Central Arrocerá Ltda."

Posteriormente y cuando ya gozaba de libertad el señor Arango Ochoa, en comunicación que exhibe fecha 9 de diciembre de 1957, solicitó a la Empresa que reconsiderara su determinación y fuera en consecuencia reintegrado o reincorporado al servicio, alegando no solamente su buen desempeño sino también su manifiesta buena conducta observada durante todo el tiempo en que sirvió a la Empresa como celador, a todo lo cual respondió ésta, en carta fechada el día siguiente, que ya había provisto el cargo y que en consecuencia, no tenía manera de utilizar nuevamente sus servicios.

En la contestación de la demanda "Arrocerá Central Ltda." aceptó como ciertos algunos hechos, negó otros y se remitió en relación con los restantes a lo que se demostrara en el juicio. Cabe anotar que en relación con el que se refiere a la detención del demandante, dice: "Es cierto, y el señor Juez debe tener este hecho como prueba a favor de la empresa, ya que con éllo se justifica plenamente el despido del trabajador".

El señor Juez Cuarto del Trabajo de Medellín puso fin a la primera instancia con sentencia por medio de la cual condenó a la demandada a pagar al señor Arango Ochoa la suma de cuatrocientos dos pesos con 30/100 (\$402.30) como auxilio de cesantía y la absolvió por los demás cargos que le fueron formulados, arguyendo para proceder como lo hizo, que la Empresa para dar por terminado el contrato de trabajo con Arango Ochoa, invocó el abandono del trabajo por parte de éste y no la causal 7a. del art. 62 del C. S. del T., providencia que fue apelada por el actor usando de los servicios de su apoderado.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, revocó la sentencia recurrida y en su lugar condenó a "Arrocerá Central Ltda." a pagar a Francisco Eladio Arango Ochoa, las siguientes sumas por los conceptos que se enuncian: "Una pensión mensual vitalicia de jubilación de ochenta y cinco pesos con ochenta y siete centavos (\$85.87), a partir del siete de noviembre de mil novecientos

cincuenta y siete (1957), y... Seiscientos veinticuatro pesos (\$624.00) a título de indemnización por despido", disponiendo a continuación que la sociedad condenada deducirá la cantidad de mil trescientos veintiocho pesos con 04/100 (\$1.328.04) de la pensión de jubilación, como reintegro de cesantía, en cuotas hasta de diez y siete pesos con 17/100 (\$17.17) mensuales y en cuanto se refiere a los demás cargos absolvió a la empresa demandada. A esta conclusión llegó el Tribunal, por estimar que la empresa "Arrocera Central Ltda.", violó la norma contenida en el numeral 7o. del art. 62 del C. S. del T.

Contra la providencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada.

II.— ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

"Solicito que se case totalmente la sentencia recurrida y que, en su lugar y una vez convertida la H. Sala Laboral de la Corte en Tribunal de instancia, se confirme en todas sus partes la sentencia proferida por el señor Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín el día ocho de julio de mil novecientos cincuenta y ocho".

III.— CAUSAL DE CASACION

"Invoco —dice el recurrente— la causal 1a. del art. 87 del Código Procesal del Trabajo, o sea la de ser la sentencia violatoria de disposiciones sustantivas del Trabajo del Orden Nacional, según lo expresaré a continuación".

IV.— *Cargo Unico*. "Violación de los artículos 60 ordinal 4o., 61, ordinal g), 62 ordinal b), numerales 7o. y 8o., 64, 66, 267, 260 y 262, del Código Sustantivo del Trabajo, a la que el sentenciador de segunda instancia llegó por VIA INDIRECTA, a consecuencia de un ostensible error de hecho consistente en la falta de apreciación de unas pruebas y la defectuosa apreciación de otras, todas las cuales demostraban fehacientemente la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de la sociedad recurrente, según lo demostraré a continuación".

Procede en seguida el recurrente a hacer una cuidadosa relación de las pruebas que obran en los autos, tendientes a demostrar la detención de Arango Ochoa ordenada por

autoridad competente, tales como las copias de las sentencias respectivas; la aceptación de tal hecho consignada en la propia demanda instaurada contra la empresa; las posiciones absueltas por el demandante en donde acepta lo relativo a su detención, para concluir que ellas son suficientes para demostrar la razón que asistió a la Empresa "Arrocera Central Ltda." para dar por terminado el contrato de trabajo y que no fueren apreciadas por el ad—quem, así como fueron erróneamente apreciadas las siguientes: "A) Nota de terminación del contrato que obra a folio 2 del cuaderno principal. En ella la empresa invocó claramente la causa de terminación del contrato, o sea "el abandono del trabajo que Ud. hizo, motivado por la pena de arresto de cuatro meses a que ha sido condenado... etc.". No obstante ello el Tribunal, en forma inexplicable, sin leer todo lo dicho, considera que de esa nota se deduce que la empresa invocó como única causa el abandono y hace el análisis, de esta palabra para llegar a la conclusión de que el despido fué ilícito. Basta ver la sentencia para ver (sic) cómo el Tribunal se cuida muy bien de transcribir la carta hasta la palabra ABANDONO. Pero no transcribe las palabras siguientes. Esta forma de mirar parcialmente un documento, en forma que no me atrevo a calificar de interesada pero que deja mucho que desear de un Tribunal, llevó al Tribunal al manifiesto error de no tener en cuenta que el patrono invocó oportunamente la justa causa del despido que, por lo demás como lo indiqué anteriormente, estaba plenamente establecido que existió. B) Nota del folio 12 que es del mismo tenor de la anterior y en cuya apreciación se cometió el mismo error. C) Partida de nacimiento de folio 5, de la que se deduce la edad del demandante, pero que por sí misma no indica derecho alguno. Parece que el simple hecho de tener la edad requerida llevó al Tribunal a creer que el demandante había acreditado los demás requisitos que le permitían gozar de la jubilación especial. D) Certificado sobre el tiempo de servicios (f. 99 del cuaderno principal) del que no se deduce sino que el demandante trabajó determinado tiempo, pero jamás que llenara los demás requisitos para la jubilación especial, y sobre todo el despido inmotivado que exige la ley. El Tribunal al deducir de él un derecho inexistente erró también gravemente en la apreciación probatoria".

En los terminos anteriores puntualiza el recurrente lo que considera error del Tribunal de Medellín, en cuanto dejó de apreciar algunas pruebas mientras que erróneamente lo hizo en relación con otras. Pero la verdad es que los motivos de inconformidad con el fallo recurrido se refieren particularmente a la razón que la Empresa demandada tuvo en mientes para dar por terminado el contrato de trabajo con el señor Arango Ochoa. Y éste será el punto materia del estudio de la Sala, como quiera que su solución toca con el fondo de la litis.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El art. 62 del C.S. del T. que el recurrente estima violado en la sentencia del Tribunal de Medellín y particularmente el numeral 7o. de la sección A), dicen así: "Son justas causas para dar por terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo, sin previo aviso: . . . 7o.) La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aún por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato".

Se refiere la norma transcrita a dos fenómenos de por sí bien distintos: la detención preventiva del trabajador y el arresto correccional que exceda de ocho días. La detención preventiva es aquella medida que se decreta dentro de las investigaciones penales, cuando existen elementos de prueba (declaración de un testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de responsabilidad penal), que permitan presumir que una vez reforzados con otros medios probatorios, pueda definirse la participación de una persona en la comisión de hechos delictivos y tiene por objeto impedir su marginación voluntaria del proceso en contra de los intereses de la justicia, hasta tanto la calificación del hecho investigado se produzca, siendo de advertir que la medida procede cuando la infracción tuviere señalada pena de presidio o prisión, al tenor de lo que dispone el art. 379 del C. de P. P. El arresto correccional es ante todo una medida de carácter policivo, por lo general, de menor significación, como es obvio, que la detención preventiva. Pero los dos fenómenos, cuando el primero excede de treinta días y el segundo

de ocho, o por un tiempo menor, cuando el motivo de la sanción justifique la extinción del contrato, por mandato legal constituyen "justas causas" para que el contrato de trabajo se de por terminado, de manera unilateral, sin necesidad de aviso previo.

En la comunicación pasada por la Empresa demandada al señor Arango Ochoa, con fecha 7 de noviembre de 1957, es decir, al cumplirse ocho días de su inasistencia al trabajo, se le explican las razones por las cuales se ve en la necesidad de terminar el contrato de trabajo que ligaba a éste con aquella, en los siguientes términos: "El abandono del trabajo que Ud. hizo, motivado por la pena de arresto de cuatro meses, a que ha sido condenado en sentencia emanada del Juzgado Tercero Penal Municipal, de fecha cuatro de abril del presente año y confirmada en todas sus partes por el señor Juez Quinto del Circuito Penal, el primero de octubre último, según la certificación en nuestro poder, que copiamos. . .", la Empresa no se está refiriendo ni a la detención preventiva ni al arresto correccional, sino a un fenómeno de mucha mayor gravedad como es la privación de la libertad por cumplimiento de una pena impuesta por un Juzgado Penal Municipal por la comisión de un delito de "lesiones personales" en la señora María Orrego de Sánchez, en providencia que, posteriormente, fué confirmada en su totalidad por el superior, como consta de autos.

Y entonces es preciso concluir que si la ley expresamente autoriza la terminación unilateral de un contrato de trabajo sin aviso previo, en casos de menor gravedad, con mayor razón la permite en aquellos en que, —como el que es materia de estudio— se trata nada menos que de una sanción privativa de la libertad por la comisión de un delito, impuesta por autoridad competente en sentencia confirmada por el superior, como es el caso.

Cabe advertir que de conformidad con lo que preceptúa el art. 203 del C. de P. P., en materia criminal no se puede dictar sentencia condenatoria sino cuando en el proceso obran, 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".

Cuando la Empresa demandada tomó la grave determinación de que se ha dado cuenta, lo hizo teniendo pleno conocimiento

de que el señor Arango Ochoa se encontraba purgando una pena de cuatro meses de arresto por la comisión de un delito sancionado por el código de las penas, impuesta mediante la tramitación señalada en el de Procedimiento Penal, por uno de los juzgados penales de Medellín, cuando se estableció con plena prueba la infracción y que Arango Ochoa era el responsable de ella, cuestión así entendida por el Juez Quinto Penal del Circuito al confirmar la sentencia del inferior.

Entonces no puede decirse que no había causal justa y suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo que regía las relaciones entre la Empresa demandada y el señor Arango Ochoa y menos que aquella, para tomar tal determinación, tuviera que esperar el transcurso de treinta días para exteriorizar los motivos que la inducían a proceder como lo hizo, porque como ya se ha dicho, no se trata aquí de una detención preventiva, sino de una pena, que ya estaba purgando el trabajador cuando se le hizo llegar la carta de terminación del contrato, —de cuatro meses de arresto—, o en otras palabras, pagando una pena definida y determinada en sentencia ejecutoriada.

Dice el Tribunal de Medellín en la sentencia recurrida, que el "abandono" que se imputa a Arango Ochoa, tiene un valor entendido como "voz", cuando el trabajador termina el contrato por su propia voluntad y agrega: "...pero en esta cesación de actividades por parte de Arango no intervino su voluntad, pues ella se debió a una fuerza invencible: La disposición de autoridad pública".

Lo cierto es que el argumento no cabe en este caso, porque la acción punible llevada a cabo por Arango Ochoa fué voluntaria y él sabía, tenía que saberlo, que tarde o temprano, habría de responder ante la sociedad por los resultados demostrados y consecuenciales de ella, como evidentemente ocurrió y especialmente si se tiene en cuenta que el auto de proceder llamado también "pliego de cargos", le tuvo por rigor de la ley, que ser notificado personalmente, como lo dispone, so pena de nulidad el art. 170 del C. de P. P.

Y si las disposiciones del C. P., no pueden aplicarse por analogía, mal puede insinuarse, como lo hace el Tribunal de Medellín, que las normas que rigen para la detención preventiva pueden aplicarse a los casos que tocan con las

penas definidas por sentencia, y así, no se ve por qué, una disposición laboral que se refiere al primero de los fenómenos indicados, haya de aplicarse para el segundo y por lo mismo no puede decirse que la Empresa ha debido esperar el transcurso de treinta días para comunicar su determinación, porque se repite, hecho que está suficientemente demostrado, ella estaba ya en conocimiento y aún más, tenía en su poder las pruebas que señalan que la sanción a Arango Ochoa era bastante superior a dicho término.

De todo lo anterior debe colegirse que, la sociedad demandada al obrar como lo hizo, actuó con plena buena fe y que el despido no fué injusto.

La detención de Arango Ochoa, por un hecho ajeno a su voluntad, como lo fué a la de la Empresa, solamente se prolongó, como está establecido en los autos, por treinta y cinco días, ya que por medio de un acto irregular, el Juez del Circuito revocó su propia providencia confirmatoria de la del inferior, por estimar que la acción penal adelantada contra Arango Ochoa, había prescrito, violando de paso lo que dispone el art. 194 del C. de P. P. que dice: "La sentencia definitiva no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la hubieren dictado...". Hecho que en manera alguna como se ha pretendido, puede estimarse como una absolución, ya que la aplicación del art. 153 del C. de P. P., en el sentido indicado, señala simplemente que la acción penal no podía continuarse por el transcurso del tiempo y no porque el delito no se hubiera perpetrado, porque de haber ocurrido ésto, dos soluciones se hubieran presentado: La declaratoria de inexistencia de delito o un sobreseimiento, —medida que equivale a absolución—, cuando tiene el carácter de definitivo. De donde debe concluirse que el delito se cometió y que, la sanción impuesta llevó al trabajador a abandonar, como le era necesario, la habitual labor que le había sido confiada y había venido cumpliendo.

De todo lo anterior, se desprende que el Tribunal Superior de Medellín, incurrió en el error de hecho de dar por establecido que no hubo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y en consecuencia, violó las disposiciones acusadas, particularmente el artículo 62, ordinal 7o. del C. S. del T.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA TOTALMENTE la sentencia recurrida y en su lugar, procediendo como Tribunal de instancia confirma el fallo de primer grado.

Costas en el recurso a cargo del demandante.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE,

INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL"
Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL
TRIBUNAL DE ORIGEN.

*Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes,
Carlos Peláez Trujillo.*

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



EXCEPCION A LA REGLA GENERAL SOBRE CESANTIA.

Aplicación a la regla general contenida en el artículo 249 del C. S. del T.— Presunto error de hecho en la apreciación probatoria.—

El artículo 251 del CST en su literal c), consagra una excepción a la regla general contenida en el artículo 249 de la misma obra que establece el derecho de los trabajadores a recibir el auxilio de cesantía al tiempo de la terminación del contrato. Para que opere la referida excepción se requiere la comprobación de los presupuestos de hecho en que se sustenta.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintidós de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Edgar Morales Marulanda, por medio de apoderado, demandó a Alfonso Jaramillo Cortés para que se le condenase a pagarle lo que le adeuda por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios, dominicales y festivos, valor del trabajo suplemental en horas extras, el valor del preaviso de 45 días, subsidio familiar y el de transporte.

Para fundamentar su acción, dijo el demandante que entró a prestar sus servicios a Alfonso Jaramillo Cortés, como soldador, torneador y en general los oficios propios de su profesión, en el taller de mecánica denominado El Aguila, desde el 8 de marzo de 1957 hasta el 17 de noviembre de 1962, en forma continua e ininterrumpida, habiendo sido despedido sin justa causa en esta última fecha. Que su último salario fué de \$110.00 semanales, suma en la cual no se comprendía el valor del descanso dominical. Que su jornada de trabajo se iniciaba a las 7 de la mañana y terminaba a las 7 de la noche, prolongándose en algunas ocasiones “hasta las

9, 10 u 11 de la noche”, por lo cual puede afirmarse que trabajaba por lo menos cuatro horas extras diarias. Que no se le ha pagado prestación social alguna, ni el subsidio familiar, ni el de transporte a que tiene derecho.

El apoderado del demandado dió respuesta a la demanda oponiéndose a las peticiones contenidas en ella y negando los hechos. Dijo, además, que su representado “es un artesano que trabaja personalmente en su taller de mecánica en donde solo ocupa cuando más tres trabajadores”, que no tiene otro patrimonio que ese taller que vale menos de \$20.000.00 y que de conformidad con el art. 251 del C.S.T., su mandante no está obligado al pago de cesantía; que se trata de una artesanía pura y simple, y que si se considerara como una empresa industrial, que no lo es, la prestación relativa al auxilio de cesantía estaría restringida a la mitad, según el mandato del art. 252 ibicem. Agregó que el demandante entró a trabajar con el demandado, en calidad de aprendiz, y que cuando ya adquirió conocimiento de sus labores, devengaba un salario de \$200.00 mensuales, que luego tuvo varios aumentos hasta llegar a la suma de \$400.00 al tiempo de su retiro, y que en el pago del sueldo mensual estaba comprendido el valor del descanso en dominicales y festivos. Que el demandante solo laboró al servicio del demandado aproximadamente dos años y que no estando obligado a pagarle auxilio de cesantía, consignaba la suma de \$405.00 correspondiente a las prestaciones por concepto de vacaciones y prima de servicios.

Correspondió decidir la litis al Juez del Trabajo del Círculo de Pereira, por sentencia en que se declara de oficio parcialmente

probada la excepción de pago por la suma de \$405.00 que ordena deducir del valor de la condena por auxilio de cesantía (punto primero). Condena al demandado a pagar al demandante la suma de \$3.957.18 por los conceptos de cesantía, vacaciones, prima de servicios y salarios caídos (punto segundo). Absuelve al demandado de los demás cargos formulados en la demanda y no hace condenación en costas (puntos tercero y cuarto).

Los apoderados de las partes interpusieron el recurso de apelación que les fué concedido para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, entidad que por medio de su Sala Laboral decidió el recurso mediante sentencia en que modifica la de primer grado, en el sentido de reducir el monto de la condena a la suma de \$2.783.99 y la confirma en lo demás.

El apoderado del demandado interpuso el recurso de casación que le fué concedido. Admitido y tramitado en legal forma, la Sala procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda presentada oportunamente. No se presentó escrito de réplica.

EL RECURSO.

Alcance de la impugnación.

Persigue que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida para que convertida en Tribunal de instancia dicte la sentencia que corresponda en conformidad con la Ley sustantiva laboral, conforme a lo previsto por el art. 99 del C.P.L.

Con fundamento en la causal primera del art. 87 del C.P.L. formula el cargo que se estudia a continuación.

Cargo Unico.— Acusa violación directa del art. 251 del C.S.T., por no haberse aplicado al caso de estudio, “siendo así que el demandado estaba en derecho de acogerse a la excepción contemplada en dicha disposición para abstenerse de pagar el auxilio de cesantía”. Dice que en la presente controversia no se trata de una situación litigiosa “entre un patrono y un trabajador, sino que se está en presencia de una reclamación formulada por un trabajador a otro trabajador”.

Agrega que la norma infringida es una de las pocas reglas de derecho que se adecúan a la realidad social, en cuanto toma en consideración la forma del trabajo artesanal,

diferenciándolo de la etapa industrial. Que a una y otra formación económica debe corresponder un distinto tratamiento en la ley de allí el principio de equidad que la norma citada ha recogido como precepto sustantivo. Que como se expresó desde la contestación de la demanda, el pequeño taller de mecánica del demandado no representa un valor comparable al estimativo de las prestaciones demandadas. Que esto evidencia la justicia económico-social que se contiene en el art. 251 del C.S.T., “al exonerar de la obligación de pagar auxilio de cesantía a la industria puramente familiar y a los artesanos que trabajan personalmente en su taller, cuando en éste no laboran mas de cinco trabajadores”. Dicha norma es de estricta aplicación al caso sub-lite, y no habiéndolo sido resultó infringida en forma directa por el Tribunal.

SE CONSIDERA.

Como se aprecia del cargo que en lo fundamental se ha transcrito, únicamente se impugna la sentencia del Tribunal por la condena referente al extremo de la demanda relativo al auxilio de cesantía. Sobre el particular, el Tribunal dijo lo siguiente:

“Cesantía: sobre esta prestación alegó el demandado estar exento de ella por disposición del art. 251 del Código Sustantivo del Trabajo pero no comprobó ninguna de esas causales de ser industria familiar o trabajos accidentales o transitorios o que en su establecimiento no ocupaba más de cinco (5) trabajadores para declararlo exento de esa obligación”

El art. 251 del C.S.T. en su literal c), que es el caso alegado por el demandado desde la contestación de la demanda, preceptúa que el art. 249 del mismo estatuto que establece la obligación patronal de pagar a sus trabajadores el auxilio de cesantía, no se aplica “a los artesanos que, trabajando personalmente en su establecimiento, no ocupen mas de cinco (5) trabajadores permanentes extraños a su familia”.

Esta disposición consagra una excepción a la regla general contenida en el art. 249 del C.S.T. que establece el derecho de los trabajadores a recibir el auxilio de cesantía al tiempo de la terminación del contrato. Para que opere la referida excepción, se requiere la comprobación de los presupuestos de hecho

en que se sustenta. Esto es lo que no encontró demostrado el Tribunal, por lo que se vió precisado a dar aplicación a la regla general contenida en el art. 249 del C.S.T. y nó a lo previsto por el art. 251 ibidem.

Por lo demás, el determinar si en el presente caso están o no acreditados los supuestos en que se apoya la excepción contemplada en el literal c) del art. 251 del C.S.T., implica una cuestión de hecho referida exclusivamente a las pruebas aportadas al juicio, que el sentenciador no encontró demostrada en el expediente. El recurrente nó ataca idoneamente este aspecto de la sentencia, pues si en lo fundamental comprende una cuestión fáctica, lógica y técnicamente la violación de la ley solo podía efectuarse de manera indirecta, como consecuencia de error de hecho en la

apreciación probatoria. Por tanto, el cargo resulta ineficaz y no prospera.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., Secretario.

PAGO DE INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO.— TRABAJO OCASIONAL.

Sentencia acusada por aplicación indebida de los arts. 6o., 223, ord. b), 251 y 306 del C.S. del T. y por no aplicación de los arts. 65, 204, ords. 1o. y 2o. lit. b) 219, ord. 3o. 249 y 306 de la misma obra, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de pruebas.— Relación laboral entre demandante y propietario de bus afiliado a empresa de transporte.— Solidaridad entre el dueño del bus y la empresa, por estar rigiendo el art. 15 de la Ley 15 de 1959 cuando el demandante trabajó y sufrió el accidente.— Carácter de trabajador accidental o transitorio en el cargo de "relevador".— Prestaciones sociales a que tiene derecho esta clase de trabajadores.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., junio veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Ante el Juzgado de Trabajo de Armero Gustavo Beltrán Reyes, por medio de apoderado, demandó a la Empresa de Transportes Rápido Tolima S.A. y Ramona Murillo vda. de Orjuela, personalmente como cónyuge supérstite, y como representante legal de sus menores hijos Nohemí, Nilda, Libardo, Ruth, Hugo, Alfonso y Amanda Orjuela Murillo, y todos en representación de la sucesión de Jesús Orjuela Moreno, a pagarle "en forma solidaria y mancomunada" diversas sumas, así:

"a)— Por cesantía del 20 de marzo de 1952 al 28 de junio de 1959, en que ocurrió el accidente	3.697.50
"b)— Por prima de servicios en el mismo lapso	3.697.50
"c)— Por vacaciones de siete años de servicios	1.785.00
"d)— Por accidente de trabajo conforme la indemnización establecida por la tabla de valuación	9.180.00
"e)— Por aparatos ortopédicos no suministrados	3.000.00

Igualmente impetro los siguientes

pronunciamientos:

"Condénase a los demandados a pagar al demandante el valor correspondiente a los tratamientos quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos y médicos, desde que fué despedido de la Clínica Minerva de esta ciudad hasta cuando el demandante fue curado totalmente y de conformidad con la suma que estime el Juzgado con intervención de perito;"

"Condénase a los demandados a pagar al demandante la suma equivalente al último salario diario por cada día de retardo, siendo este de diecisiete (\$17.00) pesos diarios correspondientes a diez pesos (\$10.00) en efectivo, cinco (\$5.00) en alimentación y dos (\$2.00) en hospedaje, y"

"Condénase igualmente a los demandados a pagar al demandante las costas de este juicio".

Como fundamento fáctico alegó haber sido trabajador de la Empresa desde 1952; haber manejado buses afiliados a la misma; haber sufrido un accidente del que resultó con una pierna amputada, y no haber recibido el pago de las prestaciones sociales, auxilios e indemnizaciones reclamadas.

La Empresa contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones expuestas en el libelo, alegando no haber sido patrono del demandante, y que, este además, fue un trabajador accidental o transitorio.

Los otros demandados no dieron contestación al libelo.

En la sentencia que puso fin a la primera instancia el juzgado absolvió a los demandados.

De tal proveído apeló el actor.

El Tribunal Superior de Ibagué puso fin a la segunda instancia en sentencia en que modificó la del Juzgado en el sentido de condenar a las demandadas, en forma solidaria, "a pagar al trabajador Gustavo Beltrán Reyes una pierna artificial de las condiciones descritas en la parte motiva de esta providencia, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia —para el miembro amputado— confirmando en lo demás.

El Tribunal, luego de relacionar las pruebas llegadas a los autos y de desechar las excepciones que habían sido propuestas, da las razones fundamentales de su fallo, así:

"No está establecido que el bus No. 117, accidentado el 28 de junio de 1959, y en el cual, sufrió el chofer Gustavo Beltrán Reyes las consecuencias de que dan cuenta los autos, fuera de propiedad de "Transportes Rápido Tolima S.A.". Todo hace pensar que este vehículo era de propiedad de Jesús Orjuela y que éste lo afilió a "Transportes Rápido Tolima S.A.", y esta empresa a su vez, lo entregó en lo que ella llamó un contrato de administración delegada al propietario. En este caso, el administrador delegado no gozaba de total autonomía, y por consiguiente, era un mero intermediario; mejor dicho, Orjuela era un administrador de transportes de su propio vehículo en la empresa a la que él lo había afiliado. Pero los choferes y su remuneración los contrataba él, y por ende, los contratos de trabajo, debían entenderse con él celebrados, pero la Empresa que así contrataba, no podía desentenderse del pago de las prestaciones".

"El art. 15 de la Ley 15 de 1959, dice textualmente: "...art. 15 — El contrato de trabajo, verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efecto del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables".

"Esta Ley fue sancionada el 30 de abril de 1959, y publicada en el Diario Oficial No. 29942 de 8 de mayo del mismo año, y según su art. 19, empezó a regir desde su sanción. Es decir, que se aplicó el art. 53, primer inciso del Código Político Municipal, dejando de lado la regla general que consagra el art. 52 ibídem".

"Visto lo anterior, resulta claro que sí existe solidaridad entre la Empresa "Transportes Rápido Tolima S.A." y el propietario del vehículo, que lo había afiliado a ésta empresa y ésta a su vez lo había entregado en administración delegada a Jesús Orjuela, cualquiera que sea el ángulo por donde se mire el contrato celebrado por éste y la empresa transportadora".

"Si nos atenemos al hecho tercero de la demanda, el propietario del vehículo era Jesús Orjuela, quien lo había recibido en administración delegada como ya se dijo, y éste era quien debía contratar los choferes del caso, según lo confiesa el mismo demandante en posiciones".

"Así, pues, debe escudriñarse qué clase de contrato se celebró entre Orjuela y el conductor lesionado. El demandante en las posiciones confiesa que Jesús Orjuela no lo contrató en forma permanente y debe entenderse que el trabajo fue ocasional, accidental o transitorio, respecto de Orjuela con solidaridad de la Empresa; y con relación a ésta los trabajadores relevadores son eventuales, porque se hallan a disposición del empleador, quien los señala para que sean contratados, cuando las circunstancias lo exigen por los propietarios de vehículos, en la cual no realizan labor alguna en forma continua".

"Están exonerados al pago de indemnizaciones por accidentes de trabajo, los trabajadores accidentales o transitorios y en estas actividades, los patronos solamente están obligados a prestar los primeros auxilios, y a suministrar el tratamiento y las medicinas de urgencia, de conformidad con el art. 223 del Cod. Sust. del Trabajo".

"En el caso de autos, la Empresa trasladó al trabajador accidentado al Hospital de Mariquita, al de San Rafael de esta ciudad, donde pagó la suma de un mil sesenta y nueve pesos con cuarenta centavos (\$1.069.40) m/cte; y a la Clínica Minerva de esta ciudad, la suma de cuatro mil doscientos setenta y nueve pesos con setenta centavos (\$4.279.70) m/cte., es decir, sí prestó por el accidente, el tratamiento y las medicinas de urgencia, menos el aparato ortopédico".

"En lo que respecta a la cesantía, prima de servicios y vacaciones, los trabajadores eventuales no tienen derecho a estas prestaciones, porque no se sabe cuanto tiempo trabajan, quién les paga el salario y

cuál es realmente el patrono en determinado caso”.

“Es de hacer notar, que antes de la vigencia de la ley 15 de 1959, cada propietario de vehículos, era el verdadero patrono de sus trabajadores, aun cuando los tuviera afiliados o fuera socio de una empresa de transportes, porque las relaciones directas entre la empresa y sus trabajadores, solamente existían en los empleados de oficina y quienes manejaban los propios vehículos de la empresa”.

“Beltrán Reyes, era contratado indistintamente para que condujera diversos vehículos, entre ellos el No. 34 de propiedad de Delio Cadena. En estas condiciones no se sabe a órdenes de quien laboró, durante el lapso que él afirma haber sido relevador de la Empresa “Transportes Rápido Tolima S.A.” y por cuánto tiempo lo hizo y con qué salario”.

“En lo referente a que Reyes Beltrán conducía sin dormir o en estado de embriaguez no está demostrado plenamente, y si ello es así, el agente de Armero no ha debido despacharlo a Manizales, y si lo hizo en su condición de empleado de “Transportes Rápido Tolima S.A.”, sabía que la Empresa asumía la responsabilidad de lo que pudiera ocurrir. Este testimonio ha sido analizado teniendo en cuenta que es hermano del Gerente de la Empresa demandada”.

EL RECURSO.

Contra la decisión del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante.

En la formulación de los motivos de casación el recurrente no se amolda a la exigencias de la más estricta técnica; sin embargo, no habiendo palabras ni expresiones sacramentales en nuestro derecho la aludida formulación no llega a ser tan irregular que lleve a un rechazo del cargo, y así encuentra la Sala que la sentencia del Tribunal es acusada por aplicación indebida de los arts. 6o., 223, ord. b), 251 y 306 del C.S.T. y por no aplicación, de los arts. 65, 204, ords. 1o. y 2o., lit. b) 210, ord. 3o. 249 y 306 de la misma obra, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de pruebas, que llevaron al Tribunal a enmarcar la situación de Gustavo Beltrán Reyes dentro de los términos del art. 6o. del C. Sustantivo del Trabajo. . . cuando claramente, y de las mismas pruebas, se desprende que Beltrán Reyes permaneció ligado a la empresa transportadora por un

lapso que jamás podría denominarse de ‘corta duración’, menos aún ‘no mayor de un mes, y que sus labores no fueron distintas de las actividades normales del patrono’”.

Sè considera: Los fundamentos del fallo acusado, ya transcritos, pueden sintetizarse así: a) la relación laboral se trabó entre el demandante y el propietario del bus; b) existió solidaridad entre el dueño del bus y la empresa, por estar rigiendo el art. 15 de la ley 15 de 1959 cuando el demandante trabajó y sufrió el accidente; c) el demandante fue un trabajador accidental o transitorio, dado su carácter de “relevador”; d) estos trabajadores solo tienen derecho a los primeros auxilios y tratamientos y medicinas de urgencia; e) antes de la Ley 15 de 1959 cada propietario de vehículos afiliados era el patrono de sus choferes, y la empresa solo era patrono de los empleados de oficina y de quienes manejaban los vehículos de su propiedad; f) Beltrán Reyes fue contratado por diversos propietarios de vehículos en el lapso que dice trabajó para el empresa, o sea, no fue trabajador de ésta; g) no está demostrado ni el salario que devengó en la empresa, ni el tiempo que trabajó en ella.

El recurrente dirige su ataque solamente contra la empresa, sosteniendo que fue trabajador permanente (por oposición accidental o transitorio) de ella desde varios años antes del accidente y manifiesta que el Tribunal erró al desconocer tal situación por haber apreciado mal las declaraciones de Bernardo Melo, Camilo Rodríguez, Ramírez, Jaime Aldana, Machado, Gustavo Aldana y Castillo, así como la recomendación de folio 89.

Por lo que hace a las declaraciones, resulta de su lectura, incluso de los pasos transcritos por el recurrente, que sus autores no dicen que éste hubiera sido trabajador de la empresa, sino tan sólo que lo vieron manejando buses afiliados a ésta, lo que es distinto. De la exposición de Rodríguez subraya el recurrente la frase en que el declarante afirma que los buses pertenecían a la empresa, pero del contexto se ve que asimila pertenencia a afiliación. Y en cuanto el mismo Rodríguez manifiesta que los choferes estaban siempre a las órdenes del gerente, bastará anotar que de conformidad con el contrato de afiliación, visible a folio 34, los choferes se entendían únicamente con los propietarios de los buses, quienes podían

ponerles multas y a cuyo cargo estaban todas las obligaciones laborales. Habiendo citado el Tribunal tanto las declaraciones como el contrato, no puede decirse que hubiera incurrido en error de hecho por no haber concluído de la prueba testimonial en referencia que el recurrente había sido trabajador de la empresa desde antes de la vigencia de la Ley 15 de 1959; a lo menos, no podría afirmarse que fuera evidente tal error.

En cuanto a la recomendación que obra a folio 89, fechada en abril de 1959, habla del recurrente como conductor de buses con "cinco años de antigüedad", y fue reconocida por A. Urueña B., quien firma como "sección pasajes". Pero el recurrente no indica por qué ese documento debe hacer fé contra la empresa, respecto a la cual no se sabe de qué facultades gozaba el citado Urueña, ni si realmente era su empleado.

Además, la afirmación que contiene dicha recomendación, de que el demandante trabajó en la empresa, bien pudo significar para el Tribunal que trabajó en buses afiliados a ella, pero no de su propiedad, con lo cual no habría cometido un error evidente, pues se trataba de una empresa afiliadora de buses. Ya se indicó cómo uno de los testigos asimila pertenencia con afiliación, y esto es aceptable en el lenguaje corriente.

No incurrio, pues, el Tribunal en el error que le imputa el recurrente de no haber tenido por demostrado, estándolo, que él fue trabajador permanente de la empresa desde muchos años antes del accidente.

A partir de la vigencia de la Ley 15 de 1959 el demandante vino a ser trabajador de la empresa, por obra del art. 15 de la misma, y podría dilucidarse si entre aquél momento y el del accidente fue trabajador permanente o transitorio de ella; pero esto no es posible dado que nada alegó el recurrente respecto a este particular.

El cargo no prospera.

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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE A LA OFICINA DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



CONTRATO DE TRABAJO.

Prueba sobre el capital de la empresa demandada.— Auxilio por enfermedad no profesional, primas de servicio, cesantía y preaviso.— Correcta aplicación de la norma contenida en el art. 64 del C.S.T.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Primera.— Bogotá, D.E., veinticinco de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Mario Barrios Monroy.— Auxiliar de Casación Laboral).

En virtud de recurso de casación interpuesto por la parte demandante, se revisa la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior, Sala Laboral, del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario laboral de LUIS ALFONSO GARCIA P. contra EFREN MOLINA.

EL LITIGIO Y SU DESARROLLO.

Por medio de apoderado el señor Luis Alfonso García P. promovió el juicio contra Efrén Molina en su calidad de propietario del establecimiento denominado "Cafetería Imperial", con el fin de que sea condenado a pagarle las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se enuncian:

"a).— La cantidad de UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$1.848.00), o la que resulte probada, como indemnización por accidente de trabajo;

"b).— La cantidad de UN MIL OCHO PESOS (\$1.008.00), o la que resulte probada, por concepto de incapacidad por el accidente sufrido;

"c).— La cantidad de OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$84.00), por concepto de cesantía;

"d).— La cantidad de CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS (\$168.00), por concepto de primas de servicio;

"e).— La cantidad de UN MIL OCHO PESOS (\$1.008.00), como lucro cesante, por el rompimiento unilateral del contrato de trabajo;

"f).— Un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales desde que se hicieron exigibles, hasta que se verifique el pago total, y como indemnización por mora en el pago de las mismas; y,

"g).— Todo lo demás que resulte probado en el juicio de acuerdo con la facultad de fallar ultra (sic) y extra—petita del juez de primera instancia".

Los hechos en que se apoya la anterior demanda, pueden resumirse así: El demandante señor Efrén Molina es propietario del establecimiento conocido como "Cafetería Imperial" que funciona en Manizales, establecimiento en el cual y en virtud de un contrato de trabajo prestó sus servicios el actor desde el día 10. de noviembre de 1956 hasta el 16 de abril de 1957, como tostador y moedor de café, mediante un salario de \$42.00 por semana. Dentro del término de preaviso dado por el demandado con apoyo en la cláusula de reserva, el demandante sufrió un accidente de trabajo a consecuencia del cual perdió tres dedos de la mano derecha así como la disminución funcional de otro, ocurrido lo cual y por cuenta del patrono fue hospitalizado, habiéndosele suministrado la necesaria asistencia médica y quirúrgica. Y una vez concluida la incapacidad que le fue señalada, pese a haberse presentado al establecimiento, con el propósito de continuar la prestación de sus servicios, el señor Molina se abstuvo de continuar utilizándolos.

La parte demandada, por conducto de su apoderado, se hizo presente en el juicio, contestó la demanda, negó ser ciertos los hechos expuestos a excepción del que se refiere al accidente de trabajo sufrido por García P. y propuso excepciones, así: Como dilatoria, la de inepta demanda y, como perentorias: la de pago, pago por consignación

e inexistencia de la obligación, todas las cuales fueron estudiadas en su oportunidad procesal.

Concluyó la primera instancia con fallo cuya parte resolutive fue concebida en los siguientes términos:

"1o.— Declárase parcialmente probadas las excepciones de PAGO y PAGO POR CONSIGNACION, probada la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION en cuanto se refiere a la sanción por salarios caídos y no probada la de INEPTA DEMANDA; propuestas por el apoderado de la parte demandada en este juicio.

"2o.— CONDENASE al señor Efrén Molina, mayor de edad, vecino de Manizales, a pagar al señor Luis Alfonso García de las condiciones civiles conocidas en juicio, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de NOVENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$99.89) por los siguientes conceptos:

"a).— \$0.89 por concepto de cesantía.

"b).— \$36.00 por preaviso.

"c).— \$13.50 por primas de servicios.

"d).— \$49.50 por auxilio por incapacidad temporal.

"3o.— ABSUELVESE al mismo señor Efrén Molina de todos los demás cargos formulados en la demanda que contra él propuso ante este Despacho el señor Luis Alfonso García por medio de apoderado.

"4o.— Sin costas en esta instancia".

Los apoderados de las partes interpusieron contra la providencia anterior el recurso de apelación, para ante el Tribunal Superior de Manizales, cuya Sala Laboral desató el doble recurso en sentencia en que confirma la de primer grado, por estimar que dentro del juicio quedó establecida la existencia del contrato de trabajo que ligó a las partes en litigio, como quiera que los elementos prestación personal de servicio por parte del actor, su subordinación respecto al patrono y el salario que devengó, fueron demostrados a satisfacción y que además, se dilucidaron, sin lugar a dudas, las fechas de iniciación y terminación del contrato, quedando en claro que el accidente le sobrevino a García P. durante el término del preaviso, exactamente 6 días antes de que ésta se cumpliera, mientras devengaba un salario de \$42.00 a la semana.

LA SENTENCIA ACUSADA.

La sentencia objeto de la acusación se

limita, —para confirmar la de primer grado—, a expresar que tanto las pruebas aportadas al juicio como las disposiciones legales que regulan las diversas materias que han dado lugar al litigio, han sido bien analizadas por el a—quo, las primeras y las segundas bien aplicadas, y que si bien es cierto que el patrono ha quedado a deber algunos saldos por concepto de las prestaciones reclamadas, ellos han sido reconocidos, con sujeción a las disposiciones sustantivas, en la sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo, consideraciones que, llevan al Tribunal a confirmarla, luégo como es obvio de un estudio cuidadoso de cada uno de los puntos a que se refiere el recurso.

LA IMPUGNACION.

Antes de entrar en el estudio del recurso interpuesto, conviene indicar que la parte demandada formula algunas observaciones a la demanda de casación que se refieren a la falta de forma y de técnica del recurso y dice que en ella no se precisa el alcance de la impugnación, así como no se señala la causal para saber si la acusación encaja en la primera o segunda de las contempladas en el art. 87 del C. P. L., de donde y como consecuencia de lo expuesto, solicita que la demanda no sea estudiada por la Corte.

Sin embargo, del estudio de la demanda se desprende que si bien es cierto el recurrente al elaborarla no se ajustó estrictamente a las formalidades del recurso extraordinario, tales omisiones no son suficientes como para rechazar el recurso o dejarlo de considerar, porque en la sustentación de los cargos formulados se indica el alcance de la impugnación, el motivo de su formulación y cómo se llegó a la pretendida violación de la ley, de donde considera la Sala que debe proceder a su estudio.

En efecto, según el recurrente, tres puntos afectan la impugnación. El primero se refiere a "la aplicación de la Tabla de Valuaciones de incapacidad, disminuída en un 50o/o, o sea sobre el art. 226 del Código Sustantivo del Trabajo" y luégo agrega, como para determinar el cargo; "... En este caso, como norma sustantiva se ha violado el artículo 204 del C. S. del T., en su numeral 2o., la letra b), por apreciación errónea de una determinada prueba, la cual se refiere a la certificación de la Administración de Hacienda, que genera error de hecho, e inclusive error de

derecho...". Y luego afirma: "... Resulta igualmente violatoria la sentencia de la norma sustantiva consagrada en el artículo 195 del C.S. del T., pues como no se presentó la prueba del capital del demandado señor Efrén Molina, en la forma indicada por dicho artículo, no ha debido declararse la prestación correspondiente al accidente de trabajo disminuída en un 50o/o".

El segundo punto lo enuncia así: "Aplicación del 50o/o, para la prima de servicios, o sea sobre el artículo 306 del C. S. del T., numeral b)". Y lo concreta de la siguiente manera: "Ha incurrido la sentencia de que se trata, en violación del artículo 306 numeral a) del C. S. del T., por cuanto que debe de considerarse a la empresa con el capital suficiente para pagar la prima de servicios completa, o sea quince días de salario, por cada semestre laborado".

Y en cuanto al tercer punto expresa: "Aplicación del artículo 1o. del Decreto 616 de 1954 y demás normas concordantes, en cuanto al preaviso se refiere". Y en lo que toca con este punto agrega: "En el presente caso ha habido infracción directa de la ley, pues se ha dejado de aplicar, siendo aplicable, el artículo 64 del C. S. del T., disposición sustantiva la cual, es la que resulta violada".

A continuación de cada uno de los planteamientos anteriores, el recurrente prospecta la correspondiente sustentación.

SE CONSIDERA:

PRIMERO. Afirma el acusador que al darse aplicación por el Tribunal al art. 226 del C. S. del T., violó lo dispuesto en el 195 ibidem, porque en el juicio no se presentó la prueba sobre el capital del demandado señor Efrén Molina, sino la que señala el de la "Cafetería Imperial", pues sólomente a élla se refiere el certificado expedido por la Administración de Hacienda Nacional.

Se demandó ante el Juzgado del Trabajo, a Efrén Molina como "propietario de una cafetería denominada "Cafetería Imperial", con el objeto de que fuera condenado al pago de las prestaciones reclamadas y además, se estableció que Luis Alfonso García P., trabajó en dicha cafetería y fué allí en donde sufrió el accidente de trabajo de que hablan los autos.

De aquí se desprende que no hubo violación del artículo 195 del C. S. del T., porque el inciso segundo del mismo, expresa

que: "El capital que se debe tomar en cuenta es el de la Empresa, y no el de la persona natural o jurídica a la cual pertenezca", para los efectos del código citado. Así, demostrado que el actor trabajó en la Cafetería, para regular el monto de las prestaciones e indemnizaciones causadas a su favor, debe tenerse en cuenta como se hizo, el capital de la Empresa y no el patrimonio o capital del dueño de la misma.

Así, pues, el cargo no prospera.

SEGUNDO. Estima el recurrente que la demanda acusada violó el artículo 306 numeral a) del C.S. del T., por cuanto que no tuvo en cuenta el capital total del demandado señor Molina, sino el de la "Cafetería Imperial", razón por la cual señaló en un 50o/o el valor de la prima de servicios a que su poderdante tenía derecho.

No aparece violación alguna de la disposición en referencia, porque está establecido que el capital de la empresa en la cual sirvió Luis Alfonso García P., es inferior a \$200.000.00, y por lo mismo, la norma que debía aplicarse y se aplicó, no es otra que la del numeral 2o. del texto acusado, que señala que las empresas de capital inferior a la suma indicada, sólomente están obligadas al pago, por concepto de primas de servicio, de 15 días de salario, así: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte días de diciembre. Las razones para tomar en cuenta el capital señalado por la Administración de Hacienda Nacional, son las mismas que se dieron al estudiar el primer cargo.

Por consiguiente, este cargo al igual que el anterior no prospera.

TERCERO. Considera el acusador que por el Tribunal se incurrió en infracción directa de la ley, al dejar de aplicar, "siendo aplicable, el artículo 64 del C. S. del T., disposición sustantiva la cual, es la que resulta violada".

La norma a que se refiere el recurrente, como violada por el Tribunal, "está instituída, —ha dicho la Corte—, por igual en favor de las partes contratantes con el propósito de resguardar el cumplimiento total de las obligaciones contractuales, persigue compensar el daño sufrido por la inexecución del contrato y comprende los perjuicios conocidos con el nombre de compensatorios, que consisten en el lucro cesante y en el daño emergente. En forma expresa esta disposición fija el monto del lucro cesante, cuando es el

patrono quien incumple, en el equivalente de los salarios del tiempo que falta para completar el plazo pactado o presuntivo del contrato”.

Pero en el caso de autos el sentenciador aplicó dicha norma al mantener la condena por \$36.00 “que valen los seis días de trabajo a que tenía derecho” el actor, a juicio del a—quo. Si el tiempo faltante para el vencimiento del plazo del contrato fue o no mayor de esos seis días, es obviamente una típica cuestión de hecho cuya dilucidación sólo podría hacerse mediante el examen de las respectivas probanzas. Y este examen oficioso le está vedado a la Corte cuando el recurrente formula el ataque por “infracción directa”, con prescindencia de cualquier error de hecho

o de derecho.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas en el recurso a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*



ACCIDENTE DE TRABAJO.—TECNICA DE CASACION.

Las pruebas que aduce el recurrente por su naturaleza corresponde al fallador apreciar libremente, según reiterada jurisprudencia de la Corte. En tales condiciones, a la consecuencia que sustenta el recurrente no podría llegarse sino al través de deducciones e inferencias propias del sentenciador de instancia, pero que escapan al de casación, que conforme a la técnica del recurso no puede entrar a rectificar los juicios lógicos contenidos en el fallo sino cuando el error es manifiesto, lo que supone la existencia en el proceso de pruebas que no den lugar a dudas sobre la verdad del hecho en que se apoya el cargo.

Juicio ordinario laboral de Bertha Mejía v. de Cotes y otros c/. Compañía Frutera de Sevilla, S.A. (Tribunal de Santa Marta).

NO CASA LA SENTENCIA RECURRIDA.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

La señora Bertha Mejía v. de Cotes, Alfonso Guillermo Cotes Mejía y Adelfa Cotes Mejía, en su propio nombre, y la primera, además, por sus hijos menores de edad Carmen Beatriz, Adela María, Micael Segundo, Alba Rosa y Alberto Elías Cotes Mejía, demandaron ante el juez del trabajo de Santa Marta a la Compañía Frutera de Sevilla S.A., representada por su gerente en aquella ciudad señor J. R. Strange, para que se le condenase a pagarle a los demandantes, en la proporción que a cada uno pudiera corresponderle, “tres mil ochocientos setenta y seis pesos con ochenta centavos, por concepto del valor doblado del seguro de vida colectivo obligatorio causado por la muerte de Micael Cotes, en accidente de trabajo o a consecuencia de él, y además la compensación

en dinero de las vacaciones causadas en el último año de servicio, el valor de la prima proporcional de servicios correspondiente al segundo semestre de mil novecientos cincuenta y cinco, los intereses de mora y las costas del juicio”.

Son hechos en que se apoya la acción los siguientes: 1o. Micael Cotes trabajaba al servicio de la compañía demandada en el oficio de aparador de bananos en bodega, el veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, en las horas de la madrugada; 2o. Dicho oficio obligaba al trabajador a esfuerzos extraordinarios; 3o. En el lugar y hora ya mencionados Cotes se vio obligado, al intentar “aparar” un racimo grande de bananos, a desarrollar un esfuerzo violento que le impidió sostenerse en pié, al punto de que para no caer hubo de sostenerlo el acarreador de la fruta, Enrique Ayo, que se hallaba cerca; 4o. Como consecuencia del esfuerzo Cotes sufrió la ruptura de una pared de la aorta, siendo inmediatamente reemplazado en la tarea que desempeñaba por incapacidad física para continuar en ella, y sometido a la atención médica inmediata del doctor Jacobo Tovar Daza, médico de la empresa; 5o. Hay relación entre el esfuerzo realizado por Cotes y la ruptura de la pared de la aorta; 6o. Lo expuesto en los hechos tercero, cuarto y quinto tipifica un accidente de trabajo; 7o. Cotes falleció al día siguiente, veintisiete de octubre, en las horas de la mañana, estando bajo la atención médica de la empresa, y en la partida de defunción aparece que la causa de la muerte fue un infarto cardiaco, según la certificación del médico de la empresa, doctor Jacobo Tovar Daza; 8o. Los médicos legistas practicaron la autopsia y concluyeron que la causa de la muerte fue una hemorragia por ruptura de la aorta ascendente; 9o. Hay relación causal entre el accidente de trabajo y la muerte de Cotes; 10o. Cotes falleció a los cincuenta y tres años aproximadamente; 11o. La empresa liquidó el

seguro de Cotes en forma sencilla a sus beneficiarios; 12o. La empresa se niega a liquidar dicha prestación en la forma establecida en el artículo 214 del CST, porque considera que la muerte del trabajador no se debió a accidente de trabajo; 13o. La Compañía Frutera de Sevilla, S.A., posee un capital mayor de ochocientos mil pesos, y una nómina de trabajadores cuyos salarios exceden a la suma de un mil pesos mensuales; 14o. Cotes devengó salarios por valor de tres mil ochocientos setenta y seis pesos ochenta centavos durante el último año de servicios; 15o. La empresa no accedió a que la controversia se resolviera conforme al procedimiento señalado en el decreto 832 de 1952, como lo propuso la señora Bertha Mejía de Cotes.

En derecho invocó las normas de los artículos 186, 193, 199, 203, 204, 213, 214, 289 y 306 del CSL.

En la contestación de la demanda, la parte demandada acepta los hechos primero, séptimo, octavo, décimo, undécimo, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto, y niega los demás.

La primera instancia concluyó con fallo en el cual se condena a la Compañía Frutera de Sevilla, S.A. a pagar a la señora de Cotes un mil novecientos treinta y ocho pesos y doscientos cuarenta y dos pesos treinta centavos a cada uno de los demás demandantes, por concepto de la prestación establecida en el literal e) del artículo 204 del CSL, habida consideración de que la empresa había pagado ya al trabajador el valor correspondiente a doce meses de salario, según se explica en la parte motiva. Se la condena, además, al pago de costas.

Por apelación interpuesta por la parte demandada conoció del negocio, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, quien en sentencia de segundo grado revocó las condenas pronunciadas en la de primera instancia, confirmándola en lo demás.

Contra el aludido fallo del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación que se procede a decidir.

La recurrente invoca la causal 1a. del artículo 87 del CSL para acusar la sentencia de segundo grado “de ser violatoria, por aplicación indebida (en la modalidad de falta de aplicación)” de los artículos 22, 23, 199, 204, y 214 del Código Sustantivo del Trabajo,

a consecuencia de errores de hecho, manifiestos en los autos, en la apreciación de pruebas y por falta de apreciación de otras; y además, “de la violación medio del artículo 83 CPT, que aplicó fuera de sus términos de permisión”.

Con ello aspira a obtener la quiebra del fallo de segundo grado para que la Corte, en función de instancia, confirme el de primera instancia, y condene a la empresa, además, en costas.

Atribuye al Tribunal mala apreciación de los testimonios de Enrique Ayes y Evaristo Mora, de la “hoja clínica” del médico de la empresa y de su testimonio, de la diligencia de autopsia y de la manifestación contenida en el hecho cuarto del libelo, y falta de apreciación de las declaraciones de Jacobo Tovar Daza, Aristides Gómez Avilés, Miguel Angel Ferreira y Ezequiel Martínez, de la presunción de presanidad del trabajador y del indicio consistente en las fechas en que Cotes sufrió “el insuceso imprevisto y repentino” y la de su fallecimiento, para concluir que a ello se debe que incurriera en seis errores de hecho, que describe y pueden compendiarse en uno sólo, así: no dar por comprobado, estándolo, que el deceso de Cotes se debió a un accidente de trabajo.

Para demostrarlo dice:

“Si Cotes sintió ‘cierto malestar’ que le impidió seguir trabajando, no fue por ninguna novedad que padeciera y que ‘ya venía en evolución’, según dice el Tribunal, pues ninguna probanza habla de aquella novedad anterior, ni de los claros signos de que la deduce el *ad quem*. En este punto es bueno recordar que la verdad no existe para el juez sino en la forma como se la presentan las pruebas y ninguna ha destruido el supuesto de presanidad que ampara a todo trabajador en servicio, ni la empresa ha podido demostrar examen de ingreso, o anterior en algún momento al 26 de octubre de 1955, que indique siquiera aquella supuesta ‘novedad’. En cambio, el Tribunal no repara en que según los testimonios (no sólo los dos que menciona en los comienzos de su examen probatorio, sino los demás que he indicado de Gómez, Ferreira y Martínez) el trabajo de un aparador de bananos, como lo era Cotes (sin que se discuta este hecho) implica un esfuerzo extraordinario. Valórense conforme a estas probanzas las condiciones en que el aparador recibe el racimo de sesenta libras, a la

temperatura en que hablan los testigos, en las horas y jornadas que sus declaraciones establecen, y surgirán ostensiblemente las causas del 'malestar' de Cotes. Y habiendo acontecido la muerte al día siguiente de ese esfuerzo físico, que en forma súbita e indiscutida lo retiró del trabajo que estaba efectuando, no existe duda alguna acerca de la causa de la ruptura de la aorta constatada por la diligencia de autopsia".

Para impugnar el cargo, el señor apoderado de la parte demandada dice en su réplica: "Para que (la) apreciación del sentenciador pueda constituir un *evidente* error de hecho, susceptible de ser apreciado en casación, el hecho opuesto, es decir, el nexo de causalidad entre la actividad laboral y la ruptura de la aorta, debe aparecer igualmente evidenciado. Los simples *indicios*, el dicho de *testigos*, que no pudieron presenciar, cómo, cuándo y por qué se rompió la aorta, y ni siquiera el concepto de testigos—médicos que no actúen como peritos, serán pruebas incompletas y, como tales, ineficaces para producir la *evidencia* indispensable en casación".

* * *

Para sustentar su decisión el tribunal sentenciador hace las siguientes consideraciones en relación con la prueba: que con las declaraciones de Enrique Ayos y Evaristo Mora se acredita que Micael Cotes sintió, el 26 de octubre de 1955, estando en servicio, "cierto malestar" que le impidió seguir trabajando; que de la "hoja clínica" se desprende que en Cotes se observó "un aumento de los diámetros de la silueta cardíaca y una gran dilatación aórtica de tipo aneurismal"; que de la autopsia resulta que al trabajador se le rompió la aorta y que ello produjo su muerte el 27 de octubre de 1955, o sea, al día siguiente de haber sentido el malestar que le impidió seguir trabajando en los muelles de la ciudad; que habiendo sido la ruptura de la aorta la causa de la muerte, y no habiendo ella tenido por causa el esfuerzo realizado por Cotes, como lo afirma el testigo médico Raul Bruges Amaya, debe concluirse que no tuvo lugar la circunstancia que exige el artículo 199 del CSL.

De las pruebas anteriores, que el Tribunal transcribe parcialmente y que con el testimonio del médico Raul Bruges Amaya y el hecho cuarto del libelo el recurrente estima

mal apreciadas, se desprende: a) que el 26 de octubre de 1955 Cotes estaba trabajando en unión de Enrique Ayos y de Evaristo Mora, entre cuatro y cinco de la mañana, en los muelles de Santa Marta, cuando repentinamente, en momentos en que recibía un racimo de guineo, palideció a la vez que sudaba copiosamente y se quejaba de dolor agudo en el pecho, accidente que obligó a Ayos, quien trabajaba cerca de él, a sostenerlo, haciéndose necesario auxilio médico que recibió inmediatamente; b) que al ser atendido por los médicos de la empresa se observó que sufría una neuralgia intercostal izquierda y dolor agudo precordial, siendo notorias setenta pulsaciones y dilatación gástrica, según aparece consignado en la respectiva historia clínica; c) que igualmente se advirtió un aumento de los diámetros de la silueta cardíaca y gran dilatación aórtica de tipo aneurismal; d) que al practicarse la autopsia se halló que "en el tórax, abdomen, miembros superiores e inferiores de la superficie de la piel no se encontró lesión de ninguna naturaleza", pero sí "gran derrame hemático intrapericárdico" y ruptura del lado derecho de la aorta ascendente, con infiltración hemorrágica de la pared en las vecindades de la ruptura", por lo que concluyen los médicos legistas que "la causa única y determinante de la muerte del señor Micael Cotes Altamiranda, fue: hemorragia por ruptura de la aorta ascendente". El médico Raul Bruges Amaya en su testimonio (recibido regularmente conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del CPL, pues al contrario de como lo sugiere el recurrente la culpa no se presume sino que debe comprobarse a aquel a quien se le imputa) confirma los datos consignados en la historia clínica y manifiesta que "el estudio radiológico demuestra la presencia de una cardiopatía con una complicación aórtica", agregando que "la entidad cardiovascular no tiene por causa el esfuerzo", sino que "el esfuerzo realizado es un factor extrínseco que en (su) opinión no fue causa suficiente para producir la ruptura aórtica, porque el enfermo permaneció en el hospital por más de seis horas lo cual indica que la ruptura de la aorta se produjo durante su estancia en el hospital y no durante el trabajo porque siendo así la muerte habría ocurrido de manera súbita". La manifestación contenida en el hecho 5o. del libelo es una afirmación de parte que debe ser

acreditada en el juicio, pues carece del mérito de confesión ya que no perjudica a quien la hace. He ahí las pruebas mal apreciadas según el recurrente.

Las no apreciadas expresan lo siguiente:

El doctor Jacobo Tovar Daza, médico de la empresa, dice que en la mañana del veintiseis de octubre (es decir en la mañana en que Cotes realizó el esfuerzo a que la parte actora atribuye su muerte) observó que el trabajador padecía un ataque cardíaco agudo, por lo cual al día siguiente pensó que, dados los síntomas del día anterior, había fallecido de infarto cardíaco, y que así lo certificó; pero que, como aparece en la autopsia, no se trató de un infarto sino de la ruptura de la arteria aorta, accidente al cual "pudo haber contribuido" el esfuerzo desarrollado por él como aparador de banana estando la arteria previamente lesionada por una enfermedad anterior. Los testigos Aristides Gómez Avilés, Miguel Angel Ferreira y Ezequiel Martínez deponen sobre la naturaleza del trabajo que realiza el "aparador" de la fruta y la forma como lo ejecuta, para llegar a la conclusión de que se trata de una operación que requiere sumo esfuerzo "por la posición en que le toca actuar al aparador, que es de pie durante todo el tiempo, con una tensión muscular desde la cabeza hasta los pies", y porque "es un esfuerzo en seco, es decir en el aire", de suerte que "se acumula en la parte superior del cuerpo, en los músculos del cuello, del pectoral y de las extremidades superiores", como lo anota el primero de los mencionados testigos.

* * *

Si la verdad formal que configuran los hechos acreditados en la causa es la única que ha de tener en cuenta el juez para proferir su decisión, no cabe duda que de las pruebas que anteceden no resulta con calidad de evidente el error que se imputa al fallo. Si bien los testigos Enrique Aycs y Evaristo Mora dan cuenta de que Cotes, en momentos en que recibía un racimo de guineo, presentó síntomas que pudieran pertenecer al síndrome del accidente cardiovascular que causó su muerte, no hay en el juicio, por otra parte, prueba alguna que en forma inequívoca establezca que dicho accidente provino del esfuerzo realizado por el trabajador y no de la evolución normal de una lesión orgánica

anterior. La única prueba que se refiere a la posible relación causal entre los dos hechos lo hace en concepto de hipótesis y sin atribuir el fallecimiento de Cotes a aquel esfuerzo como causa generadora. La presunción de sanidad y el indicio a que alude el recurrente, son pruebas que por su naturaleza corresponde al fallador apreciar libremente, según reiterada jurisprudencia de la Corte. En tales condiciones, a la consecuencia que sustenta el recurrente no podría llegarse sino a través de deducciones e inferencias propias del sentenciador de instancia, pero que escapan al de casación, que conforme a la técnica del recurso no puede entrar a rectificar los juicios lógicos contenidos en el fallo sino cuando el error es manifiesto, lo que supone la existencia en el proceso de pruebas que no den lugar a duda sobre la verdad del hecho en que se apoya el cargo. Y en el presente negocio, es innegable que en el supuesto más favorable las pruebas aportadas y a que se refiere la demanda de casación no excluyen la duda — que a la vez impide que el cargo pueda prosperar — de que la muerte de Cotes se debiera más que al esfuerzo ejecutado la víspera de que ella ocurriese, a la crisis de un proceso lento, continuo y progresivo de aneurisma aórtico que, por su naturaleza, tenía que ser anterior al esfuerzo realizado por el trabajador el 26 de octubre de 1955.

Como en la demanda de casación no se acusa el fallo por violación del artículo 200 del CSL, no es el caso de examinar si en el de autos pudo quebrantarse dicha disposición en cuanto define qué debe entenderse por enfermedad profesional.

Por los motivos expuestos no prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no cassa* la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Se condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL", Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo

Vicente Mejía O., *Secretario.*

RELACIONES DE MUTUA AMISTAD ENTRE LAS PARTES LITIGANTES SIN QUE PUEDA CONFIGURARSE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO.

Elementos constitutivos de éste.— Examen del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la decisión del Tribunal.— Presunta violación indirecta de la ley sustantiva laboral, por aplicación indebida, por mala apreciación de pruebas y por prescindencia de las mismas.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Mario Barrios Monroy.— Auxiliar de Casación Laboral).

En virtud de recurso de casación procede la Corte, Sala Laboral, a revisar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, para poner fin a la segunda instancia en el juicio promovido por AURELIO ARENAS RODRIGUEZ contra las señoras EVANGELINA ORTEGA viuda DE RODRIGUEZ y ELOISA ORTEGA, con el objeto de que se las condene al pago de salarios insolutos y prestaciones sociales, que se determinan en el respectivo libelo.

EL LITIGIO Y SU DESARROLLO

Aurelio Arenas Rodríguez por intermedio de apoderado, demandó a las señoras Evangelina Ortega v. de Rodríguez y a Eloísa Ortega ante el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá, con el objeto de que fueran condenadas al pago de las siguientes prestaciones: Auxilio de cesantía con base en el salario que se determine por peritos; Vacaciones de los tres últimos años; prima de servicios “desde cuando fue establecida”; y los salarios por el lapso comprendido de 1932 a 1956 con un promedio de \$150.00 por mes; los salarios caídos desde cuando fue separado del servicio hasta el día en que se paguen los salarios y prestaciones sociales y por último, los perjuicios, costas del juicio y honorarios del abogado.

Los hechos en que se fundamenta la demanda pueden resumirse así: Que el señor Arenas desde el año de 1932 desempeñó al servicio de las demandadas las funciones de administrador, de empleado, de encomendado de todos los negocios comunes de aquéllas, habiéndole correspondido además, pagarles los impuestos nacionales, municipales, elaborarles las declaraciones de renta, vigilarles y mejorarles sus bienes raíces, así como también cuidarles un lote de terreno, lo que le implicó desyerbe, limpieza y arreglo de cercas; se afirma que igualmente les pagaba los servicios públicos de luz y agua, les conseguía arrendatarios de sus bienes raíces, les atendía las demandas que contra las demandadas se iniciaron en las inspecciones y les conseguía, cuando era necesario, abogados que se hicieran cargo de atenderles los litigios, así como cuidarles el puesto que el municipio les había asignado en la plaza de mercado, etc.

La demanda fue contestada por apoderado en su oportunidad y entonces se negaron todos los hechos, llegándose a afirmar que las relaciones que ligaron a Arenas con las demandadas fueron de simple amistad y las “espirituales que nacen o surgen del “padrinazgo”, mis representadas fueron madrinas de dos niñas del demandado”, circunstancia que movió a las demandadas a prestarle algunas sumas de dinero siendo de éllas deudor el demandante, a la iniciación del juicio de una suma de pesos, dada como préstamo o mutuo:

Surtidos los trámites de rigor, el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia por medio de la cual absolvió a las demandadas de todos los cargos formulados en la demanda instaurada contra

éllas por Aurelio Arenas Rodríguez, determinación que fue apelada por el apoderado del actor, razón por la cual los autos pasaron al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, cuya Sala Laboral, en providencia que ahora se revisa, confirmó en todas sus partes la de primer grado, haciendo de cargo del recurrente las costas del juicio.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, interpuso el actor recurso de casación.

Dice así el recurrente:

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

"... Al pedir que se anule, que se case la sentencia, yo pido que constituyéndose la H. Sala en Tribunal de Instancia, condene a las demandadas a pagar a mi representado, lo siguiente: Salarios desde 1932 hasta enero de 1956; cesantía con base en ese salario que se determine en la correspondiente articulación posterior a la sentencia de casación; tres meses de vacaciones; prima de servicio desde cuando fue establecida; salarios caídos desde en que (sic) fue Arenas separado de su empleo, hasta el día en que se le paguen sus salarios y prestaciones; y costas y costos del juicio y agencias en derecho".

Y como "MOTIVOS DE CASACION" expone:

"Primero.— Impugno la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, por aplicación indebida, por mala apreciación de las pruebas y prescindencia de éllas mismas, en la forma que voy a expresar: Las disposiciones sustantivas violadas son las siguientes del Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 5, 22, 23, 24, 27, 49, 57, 65, 127, 186 y siguientes, 249 y siguientes pertinentes, al negar todas las prestaciones y salarios pedidos por mí para Arenas, la sentencia ha violado ese grupo de disposiciones".

Y como pruebas no apreciadas y tenidas en cuenta por el ad—quem, señala las posiciones absueltas por las demandadas y las declaraciones rendidas con las formalidades legales por Emeterio Sánchez Ramírez, Moisés Bernal Cubillos, Temístocles González, Esteban Aguilar Gordillo y Bernardo Ladino, de todas las cuales hace el recurrente transcripciones y comentarios destinados a

fortalecer sus peticiones.

SE CONSIDERA:

Antes de entrar en el estudio de la cuestión materia del recurso conviene señalar los razonamientos que llevaron al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, a confirmar, como lo hizo, el fallo absolutorio de primera instancia. En esta providencia se dice:

"... Del acervo probatorio allegado a los autos por las partes, se llega a la conclusión que entre demandante y demandadas existieron relaciones de mutua amistad, a virtud de las cuales se hacían recíprocamente servicios personales pero sin que pueda configurarse la existencia de un contrato de trabajo.

"En efecto, no aparece en las pruebas traídas al expediente por la parte demandante, que hubiera existido en forma clara y evidente un contrato de trabajo. Los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo no se hallan probados a saber: a) "actividad personal del trabajador; b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento; c) un salario como retribución del servicio". En cuanto a la actividad personal del trabajador que es el primer requisito aparece que efectivamente y en forma esporádica el señor Arenas le prestó a las demandadas algunos servicios. Pero esta circunstancia no implica de parte del actor que a éste pudiera considerársele como un trabajador al servicio permanente de las demandadas. Aún haciendo jugar la presunción del art. 24 del C. S. del Trabajo, tal presunción resulta desvirtuada con las pruebas que a continuación se analizan...".

Procede luego el Tribunal a estudiar y analizar las diversas declaraciones a que hace alusión el recurrente, así como también las posiciones absueltas por las demandadas.

Como el cargo único formulado contra la sentencia del ad—quem habla de aplicación indebida de las disposiciones que atrás se relacionaron "por mala apreciación de las pruebas y prescindencia de éllas mismas", términos que en cierta forma son contradictorios, procede la Sala a examinar el acervo probatorio, que sirvió de fundamento a la decisión del Tribunal.

Son suficientes las siguientes breves consideraciones en relación con las pruebas que obran en autos señaladas como mal apreciadas, ya que no puede decirse que se hizo caso ómiso de todas o algunas de ellas, porque sin excepción fueron apreciadas por el fallador de segunda instancia. Se apoya particularmente el recurrente, en las posiciones absueltas por las demandadas, en donde se dice que hicieron expresa confesión de hechos que pudieran llamarse claves para establecer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y también, en las declaraciones a que se hizo referencia.

Del pliego de posiciones sometido a la demandada Eloísa Ortega, no se desprende que las preguntas tendientes a establecer un vínculo laboral, hubieran sido contestadas afirmativamente, ya que esta señora, siempre negó la existencia de un contrato de trabajo con el actor, si bien en algunas respuestas se refirió a su hermana Evangelina Ortega v. de Rodríguez, por considerar que ella podría suministrar algún dato de interés sobre el particular. De manera que puede decirse, que esta prueba resultó totalmente inocua para los fines perseguidos por el demandante Arenas Rodríguez, como lo entendió así mismo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Y lo mismo puede sostenerse en relación con diligencia similar a que se sometió a la señora Evangelina Ortega v. de Rodríguez, porque esta señora al igual que su hermana, negó haber tenido como trabajador suyo al demandante, aun cuando acepta que, en algunas muy escasas ocasiones, éste cuando iba donde ella a que le prestara algún dinero, se ofrecía generosamente a realizar algunas diligencias sin importancia que la demandada debía cumplir. De tal suerte que de la diligencia de posiciones surtida con la señora de Rodríguez, no se desprende ninguna prueba de la cual pueda deducirse la existencia de un contrato de trabajo.

Cabe sí anotar que en algunas ocasiones, de manera esporádica, el actor prestó algunos servicios a las demandadas, pero no como trabajador suyo, sino como amigo y como correspondencia a servicios que de ellas recibía, y si trabajó en un lote de propiedad de Eloísa Ortega y de Evangelina Ortega v. de Rodríguez, como se afirma por el recurrente, no lo hizo como trabajador dependiente, sino en calidad de arrendatario de dicho lote, como lo reconoce el propio señor Arenas

Rodríguez en respuestas a las preguntas contenidas en el pliego de posiciones que absolvió. En efecto, dijo el deponente que arregló cercas y puso postes en un lote de propiedad de las demandadas, que tienen en el barrio Santander y al mismo tiempo les pagaba arriendo "porque me lo habían arrendado" y afirma al responder otra pregunta, que hizo en dicho lote desagües y algunas otras obras, durante el tiempo que lo ocupó como arrendatario. De manera que es el propio demandante quien se encarga de decir, que estas obras o trabajos los cumplió en su propio beneficio como arrendatario, de donde no puede concluirse, que las ejecutara en cumplimiento de un contrato de trabajo con dichas señoras. Y también, admitió, y esto no deja de tener alguna importancia, que el único vínculo que tuvo con las demandadas "fue la amistad y cariño que se profesaban mutuamente", de donde aclara, nació la confianza que le tuvieron para encomendarle algunas gestiones.

Estas respuestas dadas por el actor, impiden considerar la existencia de un contrato de trabajo, porque si éste conlleva la continuada subordinación del trabajador hacia el patrono, que le permite a éste imponerle reglamentos y darle órdenes y exigir su cumplimiento en lo que se refiere al modo, tiempo o cantidad de trabajo, tal subordinación no aparece demostrada en los autos.

Ahora en lo que se refiere a las declaraciones, que el recurrente estima mal apreciadas, se tiene que el señor Emeterio Sánchez Ramírez se limita a decir que vio trabajando en un lote a Arenas Rodríguez, pero que nunca supo en qué condiciones trabajaba, aun cuando sí tenía noticia de que el lote en cuestión era de propiedad de las demandadas. Por boca del demandante se sabe que Arenas Rodríguez trabajó en dicho lote en condición de arrendatario del mismo, es decir, por cuenta propia, para su propio beneficio y con suficiente autonomía, sin depender de patrono alguno. De manera, pues, que esta declaración no aduce ningún dato que venga en beneficio del actor.

Depuso también el señor Juan de la Cruz Romero, quien manifestó conocer a Arenas Rodríguez "desde hace unos ocho meses", y a las demandadas desde años atrás y nunca vio que tuvieran ningún empleado, porque ellas siempre atendían personalmente su negocio en la plaza de mercado. Así, que esta

declaración antes que beneficiar al demandante lo perjudica, como se desprende de su obvio sentido.

Rindió también declaración la señora Sara Bermúdez de Cortés quien dijo que no conocía al señor Arenas Rodríguez y en cambio sí y desde mucho tiempo atrás a las demandadas, en razón de que la declarante como aquéllas, tuvo un puesto de ventas en la plaza de mercado y afirma que nunca les conoció empleado alguno, porque éllas, las demandadas personalmente atendían su negocio. El mismo comentario que a la declaración anterior, puede hacerse a ésta.

El testigo Moisés Bernal Cubillos dice que vió alguna vez trabajadores en el lote y que al preguntarle a Arenas Rodríguez si el lote era de su propiedad, le respondió que no, que él sóloamente era el administrador. Como prueba, salta a la vista el poco valor que a este testimonio pueda darse, ya que lo fundamental que informa, lo supo el deponente de boca del demandante. Y cosa similar ocurre con la declaración de Temístocles González, quien dice que en algunas ocasiones vió al señor Arenas

Rodríguez en el puesto de venta de las demandadas y que se saludaban amistosamente como "compadres" y en cuanto a que era administrador de los bienes de dichas señoras, se lo oyó decir al actor.

No resultan, pues, demostrados los errores de hecho ni la consiguiente violación de las normas que el recurrente acusa como infringidas por el Tribunal.

En consecuencia el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida. Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., Secretario.

**CONTRATO DE TRABAJO CUYA REMUNERACION NUNCA FUE DEMOSTRADA,
EN SU CUANTIA, EN EL CURSO DEL JUICIO.**

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Mario Barrios Monroy.— Auxiliar de Casación Laboral).

En virtud de recurso de casación, interpuesto por la parte demandante, se revisa la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio ordinario laboral de FIRMINO VAGLIENTI contra CELSO BOHORQUEZ.

EL LITIGIO Y SU DESARROLLO.

El señor Firmino Vaglienti, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Quinto del Trabajo del Circuito de Bogotá, al señor Celso Bohórquez, con el fin de que fuera condenado a pagarle la cantidad de \$19.579.00, distribuidos así y por los conceptos que se enuncian: \$1.054.00 por salarios insolutos; \$350.00 por auxilio de cesantía; \$175.00 por primas de servicio; \$3.000.00 por el término presuntivo y \$15.000.00 valor del cincuenta por ciento de las mejoras implantadas en el lugar del trabajo, de acuerdo con lo convenido entre ellos, e igualmente pide en el libelo de demanda, que Bohórquez sea condenado al pago de los "salarios caídos" por la mora en el pago de las prestaciones reclamadas y además, a cubrir las costas del juicio.

Los hechos en los cuales se apoyan las anteriores peticiones, son los siguientes: Que Vaglienti estuvo bajo la dependencia del demandado Bohórquez, en virtud de un contrato verbal de trabajo, que comenzó a tener vigencia el día 1o. de noviembre de 1958 y concluyó, sin justa causa y por

determinación del demandado, el 14 de junio de 1959, habiéndose determinado en dicho contrato, como remuneración para el trabajador la suma de quinientos pesos (\$500.00) mensuales, más el alojamiento.

Afirma el actor que solamente ha recibido por concepto de salarios \$2.446.00, lo que indica que queda a su favor, por salarios insolutos, un saldo de \$1.054.00 que arbitrariamente el patrono demandado le ha retenido.

Y por último, que entre las partes contratantes se convino que el valor de las mejoras que se implantaran se repartiría entre ellas por mitad, lo mismo que el cincuenta por ciento de las cosechas, se adjudicaría a cada uno de los contratantes, obligaciones que el patrono no ha cumplido.

El señor Juez Quinto del Trabajo de Bogotá puso fin a la primera instancia con sentencia por medio de la cual absolvió de todos los cargos formulados al demandado señor Bohórquez y determinó que las costas del juicio corren a cargo del demandante, quien apeló de la sentencia ante el Tribunal Superior cuya Sala Laboral la confirmó en todas sus partes, haciendo de cargo del recurrente las costas de esta instancia.

Oportunamente el señor Vaglienti, por medio de su apoderado, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, y determina el alcance de la impugnación en los siguientes términos:

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

"Con el presente recurso persigo el quebrantamiento o casación total del fallo recurrido, por cuanto absolvió al demandado de las peticiones impetradas en el libelo de demanda, y también por la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, y en tal sentido aspiro y solicito que,

la Honorable Sala, en su lugar, convertida en tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado y condene a las solicitudes formuladas por salarios, cesantía, primas de servicios, salarios insolutos, cuya absolución no se impone, y en este sentido decrete las condenas conforme a salario (sic) que se encuentra demostrado como básico para la respectiva liquidación”.

MOTIVO DE CASACION.

“Invoco. —dice el actor—, la causal 1a. del art. 87 del Código Procesal del trabajo para formular contra la sentencia del Tribunal de Bogotá las siguientes acusaciones. . .”. Y acto seguido formula el primer cargo en los siguientes términos:

Primer Cargo.— “Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá ya puntualizada, de ser violatoria, por aplicación indebida, (en la modalidad de falta de aplicación), de los arts. 127, 249, 129 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, atinentes a salarios insolutos, remuneración en especie, cesantía, prima de servicios, lucro cesante e indemnización por mora, violación indirecta en que incurrió el fallador de segundo grado de tales disposiciones, en virtud de mala apreciación de unas pruebas y falta de aplicación de otras, que en seguida puntualizaré, y que lo hicieron incurrir en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto y evidente en los autos”.

Y ya en demostración del cargo dice que fueron mal apreciadas las declaraciones rendidas por los señores Antonio Verneti y Percipiano Siverio, como lo fueron así mismo el documento que contiene el contrato de trabajo que obra a folio 26 y el documento suscrito entre las dos partes y que corre a folio 27 del expediente y concluye que: estas pruebas bien apreciadas, señalan indiscutiblemente que el salario inicialmente pactado fué de \$500.00, que es el que se ha debido tomar para la liquidación de la cesantía, la prima de servicios y el “lucro cesante”. Agrega que las declaraciones en referencia señalan sin lugar a dudas el tiempo de duración del contrato, y que éste fué terminado por el demandado unilateralmente y sin justa causa.

SE CONSIDERA:

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en la sentencia que es materia del recurso dijo en relación con el contrato de trabajo, base de las reclamaciones hechas al señor Celso Bohórquez por el señor Firmino Vaglienti, y con su duración, lo siguiente: “. . . La existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes se encuentra demostrada en el juicio con las respuestas dadas por el demandado al pliego de posiciones que absolvió, especialmente con las correspondientes a la primera y a la tercera de las preguntas que se le formularon”. Y, “la duración de este contrato se establece con la respuesta dada por el absolvente a la sexta pregunta. En efecto, de esta respuesta se concluye que desde diciembre de 1958 hasta el 14 de junio de 1959 prestó sus servicios el señor Vaglienti al señor Celso Bohórquez”.

Pero en lo que se refiere al señalamiento del salario devengado por Vaglienti, y particularmente a su fijación o determinación, para todos los efectos del contrato, expresó el Tribunal, Sala Laboral, que no hay en los autos prueba suficiente del salario, puesto que ni siquiera de las declaraciones recibidas a Miguel Espinosa de León, a Percipiano Siverio y a Antonio Verneti, que parecen ser las personas más allegadas a los contratantes, se puede deducir.

El recurrente considera mal apreciadas las pruebas a que se ha hecho ahora alusión, por parte del Tribunal, así como que también fueron mal apreciados los documentos que obran a los folios 26 y 27 del expediente, en la providencia que se revisa.

A folio 43 y ss. aparece la declaración rendida por el señor Miguel Espinosa de León, en la cual nada se aclara en relación con el salario devengado por Vaglienti, puesto que el testigo se limita, casi exclusivamente, a presentarse como el autor material, propiamente el amanuense, del documento que corre a fl. 27, según el cual, al terminar el contrato respectivo, y como consta en dicho documento, Vaglienti, al suscribirlo, se declaró a paz y salvo por todo concepto de prestaciones sociales con el señor Celso Bohórquez. Por su parte el declarante Percipiano Siverio (fl. 36), que parecía inicialmente como persona enterada de las relaciones entre el demandante Vaglienti y el demandado Bohórquez, ya en lo que se refiere a los hechos básicos del contrato entre ellos suscrito, y particularmente en lo que toca con

el salario fijado, señalado o convenido, no tiene información alguna. Dijo en efecto, que no oyó ninguna conversación entre Vaglienti y Bohórquez sobre los términos del contrato; que no presenció pagos de sueldos de éste a aquél; que ignora cómo ocurrió la terminación del contrato, y que, nunca los oyó conversar sobre los términos del convenio. Por el contrario, Antonio Verneti (fl. 30) dijo que Vaglienti, de acuerdo con los términos del contrato devengaría quinientos pesos (\$500.00) en los primeros diez meses y después recibiría el 50o/o de todo lo que produjera la finca, pero ocurre que esta declaración no ofrece suficiente credibilidad no sólomente porque entra en alguna contradicción con lo expresado por el anterior testigo, quien refiriéndose a una información de oídas y procedente del demandante, cuenta que éste recibiría \$500.00 durante los primeros nueve meses, y porque además, habiendo sido quien puso en comunicación a demandante y demandado y quien por consiguiente dió ocasión a la celebración del contrato que a ellos vinculó, y además, ser amigo del actor y por consiguiente no ser ajeno a la suerte que pueda caberle, encuentra la Sala que el Tribunal no sólomente no dejó de estudiar los testimonios recibidos, sino que los apreció en su totalidad y les dió el valor que estimó debía darles, considerando que, dentro de la libre apreciación, esta sola declaración sobre el salario no es suficiente para formar el convencimiento íntimo, no en relación con su existencia, sino con su monto, fijación ó determinación. O sea, en otras palabras, que el Tribunal sí estimó estas declaraciones, las valoró y las apreció correctamente.

Ahora bien, como el cargo se apoya igualmente en que el Tribunal dejó de apreciar los documentos que corren a los folios 26 y 27 del cuaderno principal, encuentra la Sala que el Tribunal sí estudió estos documentos y dijo, en relación con el primero de ellos, que no fué relacionado como medio de prueba en la demanda razón por la cual no fue decretado como tal en el juicio; y que, fue presentado junto con el pliego de posiciones que se sometió al demandado, calificado de simple "borrador". Además de ésto, no puede pasarse por alto que en la demanda se asegura, que el contrato celebrado entre Vaglienti y Bohórquez fue verbal, y así se afirma también en la tercera pregunta del pliego de

posiciones, que si no hubiera sido así, el documento a que se hace referencia y al que a última hora se ha pretendido dar el nombre de "contrato de trabajo", hubiera sido relacionado como medio de prueba y como tal, hubiera figurado en los autos con tal carácter.

Hablando de este documento, dice el Tribunal: "En cuanto a la afirmación que ahora hace el apelante de que el documento está firmado por Bohórquez y que por no haber sido redargüido debe tenerse como prueba, además de lo dicho, debe tenerse en cuenta lo siguiente: Fuera de que ese documento se presentó con el simple carácter de "borrador" y no de contrato suscrito por Bohórquez, la firma cuya existencia ahora se alega, no aparece en el lugar normal que hubiera ocupar en el instrumento, sino a su respaldo, siendo que en el anverso había espacio suficiente para que las partes obligadas lo suscribieran. Y no sólo está el documento firmado al respaldo, sino en extremo opuesto al orden de la escritura que aparece al frente, de manera que esa firma cuya existencia ahora se afirma, que no se puso de presente antes, pasa totalmente inadvertida al analizar ese escrito. Y sería un sistema sorpresivo para una de las partes que un escrito presentado como simple "borrador" junto a la afirmación de que hubo un contrato verbal, pueda llegarse a tener como prueba de contrato escrito por alegarse posteriormente la existencia de una firma anormalmente colocada en él y porque ese escrito —que primeramente fué "borrador" y ahora se pretende sea documento privado— no haya sido objetado o redargüido".

Y dice así a continuación el Tribunal sobre el mismo tópico: "Agréguese a lo anterior que si ese escrito contuviera un contrato de trabajo, por ser este bilateral, debería estar suscrito por las dos partes obligadas y no solo por una". Y fundado en las anteriores consideraciones, no toma como prueba el documento y concluye por afirmar que no aparece en el expediente prueba alguna sobre el salario.

Cabe anotar además, que este documento no puede tenerse como prueba en el juicio, no sólomente por las razones dadas por el Tribunal, sino porque para darle mayor fuerza a su argumentación, basta recoger lo dicho por los declarantes Verneti y Siverio, que Vaglienti les dijo, al primero, "que nunca se

había firmado” el contrato entre él y Bohórquez y al segundo, que no habían elaborado el contrato, porque el señor Bohórquez posponía ésto de semana en semana. Luego el documento aportado no tiene el carácter que quiere dársele.

Por las razones anteriores, el cargo primero no prospera.

Segundo Cargo.— Lo presenta así el recurrente: “Acuso la sentencia de segundo grado recurrida, de ser violatoria, por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, de ser violatoria de los arts. 64, 65, 127, 129, 249, 306, todas del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de condenar al demandado al pago de las prestaciones sociales que dichos textos consagran, violación indirecta a que llegó el sentenciador al haber apreciado erróneamente, o mal apreciada, la diligencia de absolución de posiciones del demandado Celso Bohórquez y que corre a folios 16 a 22 del expediente”.

De la diligencia de posiciones, —que dice el recurrente ha sido mal apreciada como prueba por el Tribunal Superior—, no se desprende en manera alguna el monto del salario que devengara el señor Vaglianti durante el desarrollo del contrato de trabajo, ya que en relación con el llamado “contrato” que corre a folio 26 expresa que éste como tal, nunca se firmó, como se dice por el propio demandante en la demanda instaurada ante el Juzgado del trabajo y lo firman algunas testigos como ya se vió. En la diligencia en cuestión se dice sí que el demandante trabajó al servicio del

demandado, y como se trató de un servicio personal, bajo la dependencia de Bohórquez, circunstancia amparada por la presunción del art. 24 del C. S. del T. además, que no ha sido desvirtuada, no cabe duda de que existió un contrato de trabajo, el que fue indudablemente remunerado, en conformidad con lo que dispone el art. 27 *ibidem*, remuneración que nunca, en el curso del juicio fue demostrada en su cuantía.

A esta circunstancia se debe la absolución decretada en favor del demandado señor Celso Bohórquez por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, el cual apreció todas y cada una de las pruebas incorporadas al expediente acertadamente, de donde no puede hablarse de mala apreciación de las pruebas que condujera a violación indirecta de las disposiciones citadas por el acusador.

En consecuencia, no prospera el cargo.

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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

PRUEBAS.

Presunto error de hecho respecto de la apreciación del Tribunal *ad-quem*, del material probatorio aportado al juicio.— Buena fe patronal que justifica la mora de la empresa demandada en el pago de las deudas laborales.— Interpretación del art. 65, inciso 2o. del C.S. del T.— Técnica del recurso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D.E., treinta de junio de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

CARLOS JULIO RUBIANO, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la "NUEVA COOPERATIVA DE BUSES AZULES LTDA.", y contra los señores Delio Medina, Alberto Rojas, Alberto Castro, Abel Medina y Aquileo Medina socios de la misma Cooperativa, para que se les condene solidariamente al reconocimiento y pago de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas del juicio.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Rubiano le prestó servicios a la Cooperativa desde el 1o. de noviembre de 1955 hasta el 31 de mayo de 1956, y desde el 1o. de febrero de 1957 hasta el 31 de enero de 1958, como ayudante del Administrador, Sub-inspector, Revisor de planillas y últimamente como Auditor. Que devengó los siguientes sueldos: \$200.00 mensuales del 1o. de noviembre de 1955 al 31 de mayo de 1956; \$150.00 mensuales del 1o. de febrero al 31 de mayo de 1957 y \$350.00 mensuales del 1o. de julio de 1957 al 31 de enero de 1958. Que son socios activos de la Cooperativa los señores Delio Medina, Alberto Rojas, Alberto Castro, Abel Medina y Aquileo Medina. Que la Cooperativa se ha negado a pagar al trabajador el valor de los derechos y prestaciones que reclama en esta demanda.

El apoderado. de la Cooperativa, en la respuesta a la demanda, dice que Rubiano le

prestó servicios diferentes y sucesivos mediante tres contratos de trabajo, como resulta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez Quinto del trabajo del Circuito de Bogotá; que la demanda se refiere a los dos primeros contratos de trabajo, habiendo ejercido el cargo que ésta indica y con el salario allí determinado; que Rubiano fué removido en su empleo por determinación de la Superintendencia Nacional de Cooperativas y que la empresa demandada ha venido sosteniendo que sus socios empleados no tienen derecho a prestaciones sociales, según concepto del Ministerio del Trabajo de fecha 17 de noviembre de 1955. En cuanto a las peticiones, dijo que el valor correspondiente a la cesantía, prima de servicios y vacaciones está cancelado respecto del segundo contrato de trabajo que se desarrolló entre el 1o. de febrero de 1957 y el 31 de enero de 1958. En relación con el primer contrato que tuvo su ejecución entre el 1o. de noviembre de 1955 y el 31 de mayo de 1956, manifestó que esos derechos se extinguieron por prescripción. Que el pago antes mencionado se efectuó mediante consignación hecha ante el Juez Quinto del Trabajo de Bogotá, con anterioridad a la presentación de esta demanda.

Propuso las excepciones de prescripción y de pago.

Tramitada la litis, el Juez Primero del Trabajo de Bogotá dictó sentencia absolutoria para los demandados y condenó en costas al actor. La parte vencida interpuso el recurso de apelación que correspondió decidir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La sentencia del *ad-quem* confirma la del inferior en todas sus partes. No condena

en costas de la instancia.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma, se procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda y el correspondiente escrito de réplica.

LA DEMANDA DE CASACION.

Alcance de la impugnación.— Aspira a que la Corte case la sentencia recurrida, y constituida en Tribunal de Instancia, condene a la Nueva Cooperativa de Buses Azules Limitada “al pago de la prestaciones y demás derechos contenidos en las peticiones de la demanda” con que se inició este juicio.

Con apoyo en la causal primera del art. 87 del CPL, formula un solo cargo, en el cual acusa la sentencia de haber violado, por vía indirecta y a causa de aplicación indebida, el art. 65 del C.S.T., como consecuencia de error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas allegadas al juicio. El recurrente relaciona las pruebas que considera mal apreciadas y en sustentación del cargo expone:

La inspección ocular extrajuicio (fls. 2 a 9) acredita la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes, con todos los elementos relativos al tiempo de servicio y salarios, y sin embargo, no se le pagó oportunamente al trabajador las deudas que reclama sino mediante consignación hecha con posterioridad a su exigibilidad, por lo cual la Cooperativa incurrió en la sanción de indemnización por falta de pago, de que trata el art. 65 del CST, que es equivocada la interpretación que de esta norma hace el Tribunal cuando expresa que no hubo desacuerdo entre las partes, porque si la Cooperativa se negó a pagar las prestaciones sociales, era porque existía el desacuerdo. Que no es acertado afirmar que la Cooperativa obró de buena fe, pues entre ésta y el demandante se celebraron tres contratos y en todos ellos la empresa se abstuvo de hacer el pago oportuno de las prestaciones, ya que su cancelación se efectuó muchos meses después de terminados los contratos. Que no son obligatorios los conceptos del Ministerio del Trabajo, ni sirven para definir los derechos de las partes.

El opositor, en su escrito de réplica, manifiesta que en el juicio no se ha discutido

el hecho de haber transcurrido un lapso entre la terminación del último contrato de trabajo y el día en que se consignó en el Juzgado el valor de las prestaciones sociales, pues esto lo confesó la empresa y el actor no tuvo necesidad de comprobarlo en juicio. Que lo que se ha controvertido es la razón que tuvo la Cooperativa para abstenerse de efectuar oportunamente el pago, es decir si se había operado o no el fenómeno de la buena fe en consideración a la actitud asumida por la empresa, que se apoyó en el concepto del Ministerio del Trabajo según el cual el trabajador de una sociedad de ese tipo, que a la vez sea socio de ella, como lo fue el demandante, no tiene derecho a prestaciones sociales. Que como la Cooperativa se atuvo a los términos de esa consulta, procedió de buena fe, tal como lo aceptó el Tribunal. En consecuencia, pide se mantenga la sentencia impugnada.

Sobre la cuestión debatida, la sentencia del Tribunal hace estas consideraciones:

“Si bien es cierto que la entidad demandada no pagó oportunamente las prestaciones debidas a su extrabajador, no lo es menos, que tal demora se debió a que habiendo consultado al Ministerio del Trabajo, Sección Jurídica, en el concepto emitido por esa Oficina se dice que los socios trabajadores de una sociedad Cooperativa no tienen derecho a recibir prestaciones sociales y por tal razón hubo demora en la consignación”.

Además de lo dicho, no incurrió la empresa demandada en la mora de que habla el art. 65 del Código, porque según el segundo inciso de la norma, para que el patrono pueda ser sancionado, se requiere que no haya acuerdo respecto del monto de la deuda, lo cual implica la reclamación por parte del trabajador y la oferta por parte del patrono, o que aquél se niegue a recibir lo que éste le ofrezca en pago de las prestaciones sociales.

Agrega, que en el presente caso se llenan los presupuestos indicados y, por consiguiente, no procede la condena de la indemnización por mora, tanto más cuanto es verosímil lo sostenido por la Cooperativa, acerca de que no pagó las prestaciones sociales en el convencimiento de que al demandante no se le debían, por cuanto el propio actor sostenía la opinión de que no tenían derecho a ella los

trabajadores que ostentaran la calidad de socios de la misma.

SE CONSIDERA:

Afirma el recurrente que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de hecho al apreciar todo el material probatorio aportado al juicio y que se singulariza en el cargo. La Sala se limita a estudiar el cargo únicamente en relación con los elementos del juicio que la acusación analiza, pues no basta citar las pruebas mal apreciadas o dejadas de estimar por el sentenciador, sino que el recurrente debe demostrar los errores a través del contenido de aquellas pruebas. El impugnador en el desarrollo del cargo solo se ocupa de analizar la inspección ocular, el pago por consignación y el concepto del Ministerio del Trabajo.

En cuanto a la inspección ocular, observa la Sala que para el Tribunal la prueba demuestra los hechos a que el cargo se refiere. Dice en efecto: "Se afirma en la demanda que el actor prestó servicios a la entidad demandada durante dos períodos, el primero, que entró en vigencia el 1o. de noviembre de 1955 y terminó el 31 de mayo de 1956, y el segundo que se inició el 1o. de febrero de 1957 y finalizó el 31 de enero de 1958. Tal acerto encuentra respaldo en la diligencia de inspección ocular celebrada extrajudicialmente en el Juzgado 5o. Laboral de este Circuito, así como en la contestación de la demanda en la que se aceptan tales extremos. En lo que hace al salario, éste pudo establecerse en la inspección ocular antes referida y fue en el último período de \$350.00 mensuales".

Si el juicio del fallador se ajusta a lo que acredita la inspección, el reparo de haberla apreciado con desacierto carece de fundamento. Por lo demás, los dos contratos de trabajo y los elementos que los configuran no se discuten en el proceso, pues fueron aceptados por la Cooperativa en la respuesta a la demanda. Tampoco este punto es materia de debate en casación.

Respecto a las diligencias sobre consignación, el Tribunal las apreció acertadamente. Dijo sobre el particular, lo siguiente:

"De autos aparece que las cantidades antes relacionadas (se refiere a la cesantía, vacaciones y primas de servicios) fueron

reconocidas por la entidad demandada y consignadas a órdenes del Juzgado Quinto Laboral de este Circuito, antes de iniciarse la presente acción, razón por la cual habrá que absolverla de estas peticiones de la demanda".

Con referencia al concepto del Ministerio del Trabajo, no expresa el Tribunal que sea o no obligatorio para las partes en juicio ni que sirva para definir las pretensiones del litigante que lo aduzca a su favor. Por consiguiente, no es atendible el reparo de haberlo apreciado equivocadamente.

La sentencia tiene dos fundamentos: uno de hecho que justifica la mora de la Cooperativa en el pago de las deudas laborales porque halla buena fe en esta posición asumida por la empresa, que tiene un fundamento plausible al acogerse al concepto emitido por el Ministerio del Trabajo que se adujo al expediente. Esta apreciación del juzgador debe respetarse, pues a él corresponde valorar los elementos probatorios que pueden conducirlo a aceptar que la demandada obró de buena fe, al asumir la posición de abstenerse inicialmente de pagar las prestaciones al demandante.

El segundo fundamento de la sentencia contiene una interpretación del art. 65, inciso segundo del CST.— Si el Tribunal interpretó erróneamente el precepto legal, el error de juicio no radicaría en negar el desacuerdo entre las partes sobre la cuantía de prestaciones sociales al expirar el vínculo laboral, sino en consideraciones de otra índole que, por tanto, requerirían ser atacadas en casación, por motivo distinto del que se contiene en el cargo que examina. Basta lo dicho para que el cargo no prospere.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia/recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio., *Secretario.*

PRESUNCION DE QUE TODA RELACION DE TRABAJO PERSONAL ESTA REGIDA POR CONTRATO DE TRABAJO.— VIOLACION DIRECTA DE LA LEY POR APLICACION INDEBIDA.

La violación directa de la ley por aplicación indebida sólo puede alegarse en casación cuando los hechos no se discuten, ya que en la violación directa se hiere la ley misma sin consideración alguna a la prueba. Como lo ha dicho tantas veces la Corte, en este caso “no entra en juego el error de hecho, ni el error de derecho, expresiones éstas que, por lo demás, deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente las equivocaciones sufridas por el Tribunal de Instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos” (G.J.LXXVIII, 504). Pues bien, lo referente a la existencia de un contrato de trabajo que vincule al trabajador y al patrono, o de trabajo independiente que, por tanto, no implique subordinación, es cuestión que depende del supuesto de hecho que se compruebe en los autos, por lo cual sólo puede ser impugnado en casación por vía indirecta, a través de los errores de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el juzgador.—

Juicio ordinario laboral seguido por Lisandro Ochoa Prado c/. J. Glottmann, S.A. (NO CASA LA SENTENCIA RECURRIDA).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, veintiocho (28) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966).

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En juicio laboral ordinario el señor Lisandro Ochoa Prado demandó ante el Juez Tercero del Trabajo de Medellín a la firma social J. Glottmann, S.A. para el reconocimiento y pago de cesantía, primas de

servicio, vacaciones, salarios en días de descanso obligatorio, aumento o reajuste de salarios, indemnización por ruptura del contrato presuntivo de trabajo, indemnización moratoria y costas del juicio. En defecto de plazo presuntivo pidió, subsidiariamente, condena por falta de preaviso, y en el de salario convencional que sirva de base de liquidación, el salario mínimo legal.

Los hechos alegados para sustentar la acción son los siguientes: Ochoa Prado prestó servicios a J. Glottmann, S.A. por un lapso aproximado de cuatro años contados hacia atrás desde el 22 de septiembre de 1958. Durante ese tiempo fué transportador de carga de propiedad de la empresa, oficio que realizaba en vehículos de propiedad de ella. La jornada de trabajo se iniciaba a las ocho y media de la mañana y terminaba a las seis de la tarde. El trabajador devengaba un salario promedio de veinticinco pesos diarios, que dependía de la carga o mercancías movilizadas. Para determinarlo se había convenido una lista de precios. Debido a la forma del pago, Ochoa no recibía salario dominical ni en días festivos. Tampoco se llegó a hacerle el aumento ordenado en el decreto 118 de 1957. El 22 de septiembre de 1958 la empresa modificó unilateralmente las condiciones de trabajo del demandante, al disponer que en lo sucesivo devengaría doscientos cincuenta pesos mensuales, lo que aquél no aceptó. La empresa no ha satisfecho las prestaciones sociales del trabajador, por lo cual se halla en mora.

En derecho el demandante se apoya en las disposiciones de los artículos 22, 23, 24, 45, 47, 49, 63, 64, 65, 172 a 192, 249, 253 y 306 del CSL, y en las de los decretos 616 y 617 de 1954 y 118 de 1957.

La empresa demandada acepta, al contestar el libelo, la relación de trabajo, pero niega la existencia de contrato con el demandante.

Dice que los servicios que éste le prestó tuvieron carácter independiente.

El juez tercero del trabajo de Medellín desató el litigio en sentencia absolutoria, de la cual apeló el demandante.

Para resolver el recurso, el Tribunal revocó el fallo de primer grado, y en su lugar, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor novecientos tres pesos cuarenta y cuatro centavos, por auxilio de cesantía, setecientos cuarenta y siete pesos sesenta y ocho centavos, por prima de servicios, trescientos setenta y tres pesos ochenta y cuatro centavos, por vacaciones, y quinientos diez pesos ochenta y seis centavos por descanso en días festivos. Absolvió de los demás cargos formulados en el libelo.

Para hacer este pronunciamiento tuvo en cuenta, entre otras razones, que el artículo 24 del CST establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato laboral; que tal presunción no se destruye sino comprobando la existencia de un vínculo jurídico distinto del nacido del mencionado contrato; que la parte demandada "apenas se ha cuidado, para defenderse de la presunción, de afirmar que no existía la subordinación, pero no ha dicho en qué consistía, entonces, jurídicamente, esa relación de trabajo"; que no obstante haber llegado el juez de primera instancia a la conclusión de la falta del elemento subordinación, indispensable para configurar el contrato, por cuanto Ochoa "no estaba siempre a disposición de la compañía" y "no existía obligación alguna para el demandante de transportar la carga de la empresa", de los datos que suministra el expediente se desprende, sin embargo, que "Ochoa P. se mantenía listo a prestar los servicios que requería J. Glottmann, y desechaba otras relaciones por no faltar a la eventual llamada de la sociedad dicha" y que "habitualmente transportó la carga que se le encomendaba"; que la *habitualidad* del trabajo equivale a la *permanencia* en él; que la *exigibilidad* del servicio es elemento extraño al contrato laboral, en cuanto que para descubrirlo basta que éste se preste de manera *habitual* y que el trabajador permanezca a disposición del patrono cuando lo necesita; que, en suma, el vínculo contractual en materia laboral resulta más que de elementos de orden subjetivo, de la manera como se presta el servicio, por lo cual en este caso corroboran la presunción del

artículo 24, en vez de desvirtuarla, el reconocimiento que la sociedad demandada hace al contestar la demanda de que el demandante le prestó sus servicios "dentro del lapso comprendido entre el año de 1956 y el mes de septiembre de 1958", la declaración de Juan Echevarría Grajales cuando afirma que Ochoa trabajaba "seguido" en la empresa demandada, y que lo vio "mucho tiempo" moviéndole carga con Hernán Berrío la de éste, que dice que tanto él como su "compañero" Ochoa trabajaban para Glottmann "seguido y todos los días" y que siempre estaban "pendientes de la llamada", por lo cual no se comprometían con ninguna otra empresa ni persona, y que así estuvieron trabajando "cuatro años o más hasta hace por ahí mes y medio"; y la diligencia de inspección ocular mediante la cual el fallador dedujo el salario que correspondía al demandante.

Contra este fallo interpuso la sociedad demandada el recurso de casación que se procede a decidir, con el que aspira a la quiebra de la sentencia de segundo grado para que la Corte, en función de instancia, revoque la condena proferida y en su lugar confirme la resolución judicial de primera instancia.

* * *

Invocando la causal 1a. del artículo 87 del CST, imputa al fallo violación indirecta de los artículos 22, 23, 24, 34, 174, 177, 186, 189, 192, 249, 253; y 306 del CSL, que cometió el sentenciador a causa de manifiesto error de hecho en que incurrió como consecuencia de falta de apreciación de algunas pruebas y de errónea apreciación de otras.

En calidad de subsidiario formula también al fallo violación directa de las normas que se acaban de citar, por interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 22, 23 y 34 del CSL; e indebida aplicación de los artículos 24, 177, 173, 186, 189, 192, 249, 253 y 306 ibidem.

Se procede a estudiarlos:

Cargo Principal.— Dice el recurrente que el fallador de instancia cometió el error de "no dar por probada la calidad de contratista independiente del demandante, que lo estaba plenamente, y dar, en cambio, por probados los elementos de la relación laboral que ni siquiera sumariamente lo estaban", al cual llegó como consecuencia de la falta de

apreciación y la apreciación equivocada de las pruebas que se detallan en seguida.

1) Para demostrarlo manifiesta que el juzgador no apreció: a) Las respuestas dadas por el demandante en posiciones, en las que acepta "que su ocupación habitual o profesión es la de acarreador de mercancías"; "que permanece en un sitio especial para que quienes lo necesitan, lo ocupen como acarreador profesional"; "que a Glottman también transportó mercancías, a precio fijo y en compañía de Hernán Berrío"; "que se le pagaban las obras ejecutadas después de concluidas"; "que inicialmente se discutía el precio de cada trabajo y después se adoptó una tarifa para los que se presentaran"; "que en ocasiones transportaban mercancías en carros particulares"; "que había acordado una tarifa"; "que se partía con Berrío, quien firmaba las constancias, el valor de los acarreos"; "que no quiso trabajar en forma exclusiva y dependiente a la sociedad demandada". b) La diligencia de inspección ocular en la que consta que "ni siquiera al demandante se le pagaba en forma directa suma alguna por la demandada, y de la que se deduce que se le pagaban a su socio y compañero Berrío por obras ejecutadas intermitentemente". c) El certificado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales que pone de manifiesto el indicio de que el trabajador no fue inscrito por J. Glottmann, S.A. en aquella institución como tal, indicativo de que no era tenido por trabajador permanente. d) La *Tarifa de Transporte* para la prestación de éste servicio a la empresa. e) La declaración de Hernán Berrío, "de la que se desprende que fue él quien llamó al demandante para repartir las obras y los beneficios que les resultaran en la demandada (sic); que pagaban ayudantes; que lo que les quedaba, después de pagar a sus ayudantes era variable, etc."

Expresa que además apreció mal: a) Las posiciones absueltas por el representante de la sociedad. Dice que el Tribunal "olvidó el principio elemental de que la confesión es indivisible, y donde el absolvente confesó servicios intermitentes e independientes, el Tribunal dio por establecidos servicios continuos dependientes". b) La declaración de Juan Echevarría Grajales, pues "donde se afirma que el demandante pagaba ayudantes, contrataba a precio fijo, 'dejaban un reemplazo que ellos mismos pagaban', etc., no

podía concluirse sino la calidad de contratista independiente". c) El testimonio de Carlos Glottmann, que habiendo sido entendido en el mismo sentido que el anterior, contribuye a corroborar, sin embargo, la calidad de contratista independiente del demandante. d) La diligencia de inspección ocular que si no fue tenida en cuenta para establecer la intermitencia del trabajo, si lo fue, en cambio, para deducir pagos de salario y tiempo de servicio, siendo así que no se hallaron partidas que tengan relación con el actor. e) La "relación de las sumas pagadas en la Sucursal de Medellín al señor Hernán Berrío por concepto de acarreos y Mercancías", en que "se habla de pagos a una persona distinta del demandante".

Fuera de duda en este negocio la relación laboral, correspondía al demandado desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del CSL en que se apoya el fallo de segunda instancia, para lo cual era preciso acreditar en ella una naturaleza distinta de la que le reconoció el juzgador de instancia. Y lo cierto es que este distinto carácter de la relación de trabajo no aparece establecido en los autos de manera manifiesta.

En ninguna de las posiciones que absolvió, en efecto, confiesa el demandante que su trabajo fuera intermitente, como "con olvido del principio elemental de que la confesión es indivisible" lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, repetidas veces insiste en manifestaciones como éstas: "Mientras estuve con aquella empresa sólo trabajé para ella", "En la actualidad no tengo esa obligación (la de esperar órdenes y someterse a reglamentos y horarios) sino que le trabajo al que me venga a buscar. Mientras trabajé para Glottmann sólo le podía movilizar carga a esta empresa", "Cuando estuve con Glottmann, estábamos obligados a trabajar para esta empresa siempre que hubiera carga", etc. Y si "no quiso trabajar en forma exclusiva y dependiente a la sociedad demandada", conforme a la interpretación que el recurrente da a la respuesta a la posición décima séptima, ello sólo vino a ocurrir, según el absolvente, cuando la empresa le propuso una modificación del contrato: "Ellos nos llamaron, y don Jorge el administrador nos dijo que había venido una orden de Bogotá para que colocara una pareja con el fin de movilizar la mercancía con un sueldo fijo de \$250.00 mensuales; como nosotros no

aceptáramos, dijo que ya no había más trabajo para nosotros”.

Con las demás pruebas que el recurrente tiene como no apreciadas y como apreciadas erróneamente se establecen hechos (transporte de mercancía a precio fijo, su pago una vez concluida la tarea diaria, acuerdo sobre tarifa, transporte en vehículos particulares en contadas ocasiones, distribución del precio o salario con su compañero Berrío, pago a éste de la suma total devengada por ambos, sin que el demandante figure como trabajador permanente ni en las cuentas de ella ni en el Instituto de Seguros Sociales, necesidad de asesorarse a veces de ayudantes, permanencia en lugar distinto de las oficinas, almacén o bodegas de Glottman mientras no estuviese trabajando) constitutivos de indicios que el sentenciador de instancia podía apreciar con toda libertad para formar su convicción, lo mismo que la habitualidad del servicio, su duración y la disponibilidad en que a recibir órdenes de la empresa se hallaba siempre el trabajador, que sirvieron a dicho sentenciador para tener por establecido el vínculo contractual. Supuesto que algunos de tales indicios pudieran inclinar el juicio por el trabajo independiente, es lo cierto que hay otros que obligan a pensar en el contrato, y que la jurisprudencia del trabajo ha sido enfática en que “cuando se presenta una situación de hecho dudosa, el fallador puede hacer uso de su facultad legal de analizar las pruebas, y, de acuerdo con las reglas de sana crítica, acoger las que en su opinión ofrezcan mayor crédito, sin que esa estimación sea atacable eficazmente en casación” (G. del T., I, 72); sin que se pueda echar en olvido, además, que como lo ha expuesto la Corte y se insinuó ya, “cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del Código judicial, que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas e indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar (...). La apreciación de los indicios, de su

mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí es una operación de la inteligencia y de la conciencia del juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas. Se deduce de lo expuesto, que no es procedente el recurso de casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos en otra forma demostrados en el proceso” (G. J. No 2006, pág. 106). Que es lo que no ocurre en caso como el de autos, en que si bien unos hechos pudieran ser interpretados como demostrativos de un trabajo independiente (el no figurar el demandante en las cuentas de la sociedad ni en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales registrado como trabajador de la mencionada empresa, ni recibir el valor de su trabajo directamente sino por conducto de su compañero Berrío, verbi gracia), otros en cambio inducen a tener como acreditado el contrato (los que tomó en consideración el Tribunal, por ejemplo), y los mas son indiferentes para identificar la naturaleza de la relación laboral.

Por tanto no prospera el cargo.

Primer cargo subsidiario. Se acusa la sentencia de violación directa, por errónea interpretación, de las normas que se estiman quebrantadas indirectamente en el cargo anterior.

Dice el recurrente para demostrarlo:

“Para fundamentar el cargo comienzo por la siguiente cita del fallo recurrido (fl 48, c.ppal.):

“Se repite: no importa que Ochoa P. haya tenido esa libertad porque lo real, lo que sirve de fundamento a la tuición legal, es que prestó servicios habituales a la sociedad demandada. El problema de la libertad es esotérico. Ahora, la noción de permanencia debe equivaler a la habitualidad”.

“Esta errada interpretación vulnera las normas referidas, porque siendo clara la noción que el artículo 22 del Código S. del T. da para el contrato de trabajo, no se puede contrariar, so pretexto de interpretar su espíritu; porque los requisitos del artículo 23 son esenciales y no se pueden menospreciar caprichosamente por el intérprete; porque la presunción del artículo 24 es legal, y no de

derecho como parece darlo a entender el Tribunal cuando afirma que por el hecho del servicio habitual de todas maneras habrá contrato de trabajo; porque el artículo 34 dice quienes son contratistas independientes para diferenciarlos de los trabajadores dependientes, y no para hacerles extensivos los derechos de estos últimos; porque las demás normas consagran derechos a los trabajadores dependientes y no a los contratistas independientes”.

Puede no haber estado muy afortunada la sentencia en la manera de expresar los motivos de la decisión, pero no por ello es dable pasar inadvertido que cuando dice que “la noción de permanencia debe equivaler a la habitualidad”, no obstante la impropiedad en el hablar no ha pretendido añadir elementos nuevos a la definición de contrato de trabajo de los artículos 22 y 23 del CSL, sino tomar la forma habitual como Ochoa realizaba su tarea por signo o indicio de subordinación permanente; ni el Tribunal ha expresado en forma alguna que la presunción del artículo 24 sea de derecho, sino que, por el contrario, ha reiterado en distintas proposiciones que la parte a quien correspondía no presentó la prueba suficiente para desvirtuarla; ni, en fin, puede atacarse la sentencia por errónea interpretación de una norma legal que, como el artículo 34, no fue tomada en cuenta para sustentarla. Establecida en forma inequívoca la existencia de una relación laboral de carácter personal, el Tribunal interpretó correctamente el artículo 24 al presumir la del contrato. Si esta presunción fue o no desvirtuada es cuestión de hecho extraña al cargo de violación directa.

No prospera el cargo.

Segundo cargo subsidiario.— Acusa violación, por falta de aplicación de los artículos 22, 23, y 34 del CSL, y por aplicación indebida de los artículos 24, 173, 177, 186, 189, 192, 249, 253 y 306 *ibidem*.

Para demostrarlo expone:

“Se violó el artículo 22, ya que se dejó de aplicar ya que no se tuvo en cuenta la definición que él da del contrato de trabajo, cuando se aplicó a una relación distinta a la por él regulada; se dejó de aplicar el artículo 23, porque no se tuvo en cuenta cuando se calificó como de laboral una relación que no reúne los requisitos esenciales que tal artículo establece; se dejó de aplicar el artículo 34, porque en tratándose de un contratista,

independiente esa era la única norma que se podía aplicar sin lugar a dudas y no las demás, como lo hizo el Tribunal. Se aplicó indebidamente el artículo 24 porque se le dio a una presunción legal la calidad de presunción de derecho. Se aplicaron indebidamente el resto de las normas porque las normas que consagran derechos en favor de trabajadores no se pueden hacer extensivas a contratistas independientes”.

La violación directa de la ley por aplicación indebida solo puede alegarse en casación cuando los hechos no se discuten, ya que en la violación directa se hiere la ley misma sin consideración alguna a la prueba. Como lo ha dicho tantas veces la Corte, en este caso “no entra en juego el *error de hecho*, ni el *error de derecho*, expresiones éstas que, por lo demás, deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente las equivocaciones sufridas por el tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos” (G. J. LXXVIII, 504).

Pues bien, lo referente a la existencia de un contrato de trabajo que vincule al trabajador y al patrono, o de trabajo independiente que, por tanto, no implique subordinación, es cuestión que depende del supuesto de hecho que se compruebe en los autos, por lo cual sólo puede ser impugnado en casación por vía indirecta, a través de los errores de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el juzgador.

Por tanto tampoco prospera.

En consecuencia, 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 proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE,
INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL"
Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL
TRIBUNAL DE ORIGEN.

*Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes
A., Carlos Peláez Trujillo.*

Vicenté Mejía O., *Secretario.*

I N D I C E

SALA PLENA

	Páginas	Páginas
PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA, CON FECHA 7 DE JUNIO DE 1966, CON MOTIVO DE LA RENUNCIA QUE DEL CARGO DE MAGISTRADO DE LA CORTE, PRESENTO EL DOCTOR LUIS ALBERTO BRAVO	3	<i>en la Corte.—Valor interpretativo de las normas legales y constitucionales que facultan al Procurador para intervenir en tales juicios.—Razones por las cuales este mismo funcionario no puede hacer uso de la acción de inexecutable como simple ciudadano.—Con fecha 14 de abril de 1966 la Sala Plena de la Corte no revoca la providencia recurrida de fecha 23 de noviembre de 1962 por medio de la cual se declaró inadmisibile una demanda de inexecutable presentada por el Procurador General de la Nación.—Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta</i>
INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 3196 DE 3 DE DICIEMBRE DE 1965, SOBRE INTEGRACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y ASISTENCIA PUBLICA DEL PAIS.—La Corte reitera la doctrina atinente a la conexidad de las disposiciones del estado de sitio con el restablecimiento del orden.—Transitoriedad de las normas legislativas dictadas en estado de sitio.—Fallo de inexecutable con fundamento en la violación del artículo 121 de la Carta.—Con fecha 18 de mayo de 1966 así lo resuelve la Sala Plena de la Corte.—Magistrado ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera	4	24 SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO RAMIRO ARAUJO GRAU
DEMANDA DE INEXECUIBILIDAD DEL INCISO 1° DEL ARTICULO 107 DEL DECRETO LEY N° 2158 DE 1948 SOBRE PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS DE TRABAJO.—La Sala Plena de la Corte decide que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda porque la declaratoria de inexecutable tiene que versar necesariamente sobre leyes vigentes, y el Decreto impugnado dejó de tener tal carácter.—Con fecha 20 de abril de 1966 así lo declaró la Corte sobre esta materia.—Magistrado ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera	13	33 INEXECUIBILIDAD DEL ARTICULO 41 DE LA LEY 93 DE 1965.—La violación del estatuto orgánico del presupuesto conlleva necesariamente la del artículo 210 de la Carta.—La Ley del presupuesto es temporal y en ella no se pueden incluir normas de vigencia permanente.—Intromisión indebida de la Rama Legislativa del Poder Público en el desempeño libre y ordenado de las funciones que competen a la jurisdiccional.—La medida de carácter disciplinario, establecida en el artículo 41 de la Ley 93 de 1965 va contra el inciso 2° del artículo 160 de la Constitución.—Derechos adquiridos con justo título.—La disposición impugnada, viola también el artículo 30 de la Ley de Leyes.—Con fecha 1° de abril de 1966 la Sala Plena de la Corte decide que es inexecutable el artículo 41 de la ley 93 de 1965.—Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo
SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HONORABLES MAGISTRADOS DOCTORES LUIS FERNANDO PAREDES A. Y RAMIRO ARAUJO GRAU AL FALLO QUE ANTECEDE	15	34 SALA DE CASACION CIVIL
SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR	19	CALIFICACION PREVIA DE LA DEMANDA DE CASACION.—El recurso de casación tiene un carácter extraordinario y rigorista.—Causal 1° de casación.—El impugnante debe señalar, individualizándolos, cada uno de los textos de derecho sustancial que considere infringidos e indicar el concepto en que los repute vulnerados.—Sólo es sustancial la norma declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo.—El art. 1508 del C. Civil, es un texto meramente enunciativo, cuya infracción no sirve por sí sola para legitimar el recurso extraordinario en punto de la causal primera.—Los arts. 716, 717, 719 y 721 a 723 del C. Judicial no consagran derechos subjetivos en concreto.—Por providencia de 15 de abril de 1966, se declara desierto el recurso de
FACULTADES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION EN JUICIOS DE INEXECUIBILIDAD ANTE LA CORTE.—La Sala Plena de la Corporación reitera que es inadmisibile una demanda de inexecutable presentada por el señor Procurador General.—Este funcionario no puede ser promotor del juicio de inexecutable ante la Corte, porque ello trasciende el límite de sus atribuciones constitucionales y legales.—Quebranto del principio consagrado en el artículo 20 de la Carta.—Orden racional y lógico del juicio de inconstitucionalidad ventilado		

	Páginas	Páginas	
casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre nulidad de una compraventa seguido por Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A.—Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón	41	cando en que puede incurrir durante su desarrollo.—La sentencia absolutoria no puede ser acusada de incongruencia.—Sociedad comercial.—Escritura social, registro y publicación del extracto, efectos de la omisión de estas formalidades constitutivas, inoponibilidad a terceros, reforma del contrato social y disolución de la compañía antes del vencimiento del término estipulado.—La omisión del registro de la reforma de una sociedad no ocasiona nulidad.—Transacción.—Definición, clasificación de este contrato y sus elementos específicos.—Mandato judicial para transigir y exigencia de la individualización de los bienes.—La norma que sólo da definiciones no es susceptible de quebranto para los efectos de la casación.—Carácter del artículo 2469 del C. Civil.—Por sentencia de 6 de mayo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el ordinario sobre nulidad de los actos o manifestaciones contenidos en unas escrituras públicas, adelantado por Martín Torres Sanabria contra Arturo Ríos García y otros.—Magistrado ponente: Doctor Enrique López de la Pava	84
CASACION.—Acusación por error en la apreciación de contratos.—Cuándo incurre el fallador en error de hecho.—Por sentencia de 16 de abril de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre resolución de contrato seguido por Axel Emil Klock contra Eduardo Cárdenas Dueñas.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada	47		
ERROR DE HECHO.—Cuándo tiene ocurrencia.—Error de derecho.—Por sentencia de 22 de abril de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un testamento y otras declaraciones, propuesto por Canuto López y otros contra Delfina Salinas v. de López.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán ...	56		
DONACION DE BIENES RAICES.—Clasificación de este contrato y requisitos exigidos para su validez.—Definición de los contratos reales, solemnnes y consensuales.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos.—Deducción por concepto de valorización y monto de ésta.—Por sentencia de 29 de abril de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, seguido por José Joaquín Acevedo Vanegas contra el municipio de Garagoa.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán	62	DESLINDE.—Condiciones del cargo por error de hecho y de derecho.—Se reitera la doctrina atinente a que no es dable alegar tales yerros, simultáneamente, en la estimación de un mismo medio probatorio.—Por sentencia de 23 de mayo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de deslinde adelantado por Jesús Rodríguez Medina contra Vicente Poveda.—Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse	99
MANDATO.—Condiciones para su perfeccionamiento y clasificación de este contrato.—El poder para la enajenación de inmuebles no requiere escritura pública.—En casación no es dable alegar error de hecho y de derecho, simultáneamente, en la estimación de un mismo medio probatorio.—Por sentencia de 4 de mayo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre existencia de un contrato de mandato y otras peticiones, seguido por Julio Ernesto Acosta Bello contra Mercedes Bello Forero.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán	68	CAUSAL 1ª DE CASACION.—No es dable aducir a la vez las tres formas de violación: por falta de aplicación, por interpretación errónea y por aplicación indebida.—En qué consiste el error de hecho y el de derecho.—La misión de la Corte en casación es analizar la sentencia acusada en sus relaciones con la ley.—Por sentencia de 31 de mayo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre obligación de otorgar una escritura de venta, adelantado por Elvira González Vélez contra el Presbítero doctor Luis Alfonso Gaviria Niño.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán	108
ACCION DE PERTENENCIA.—Casación.—Alcance de la autonomía del Tribunal en la apreciación de pruebas.—En qué consiste el error de hecho.—Limite del poder discrecional del juzgador en la estimación de indicios.—Por sentencia de 6 de mayo de 1966, no casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la acción de pertenencia seguida por Carlos Copete Rodríguez contra Gustavo Molano de la Torre.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón	74	ERROR DE HECHO.—Exigencias que deben llenarse en la formulación del cargo.—El error de hecho en cuestión probatoria, no puede referirse a la existencia o interpretación de preceptos legales relativos a la producción o mérito de las pruebas.—En casación no es procedente acusar a través del planteamiento global del problema probatorio.—Prueba testimonial.—Su valor cuando se omite contrainterrogar a los deponentes.—Por sentencia de 31 de mayo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados a una persona por el incendio de un automotor, seguido por Hilda Madrid Arcila contra José Emeterio Moreno Escobar y otro.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón	115
TRANSACCION.—Juez de mérito.—Actividad intelectual y material que debe realizar dentro del proceso y error in procedendo o error in iudi-			

Páginas

Páginas

REIVINDICACION.—*De un bien poseído por los herederos.—La no citación de alguno o algunos, afecta no el presupuesto procesal de capacidad para ser parte sino la acción misma en el elemento denominado legitimación pasiva en causa.—En casación no procede la fusión de dos cargos dentro del mismo capítulo.—Carácter de los artículos 205, 329, 342 y 343 del C. Judicial.—Error de derecho en la apreciación de pruebas.—Hay una diferencia fundamental entre la violación indirecta por error de hecho o de derecho, y la violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustantiva.—Prueba testimonial.—Exigencias que debe llenar para darle el valor de plena.—Por sentencia de 31 de mayo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario reivindicatorio seguido por Adela Vitola de Flórez contra la sucesión de Pedro Vitola y Juana Montes de Vitola.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada* 122.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO.—*Planteamiento ilógico y antitécnico del cargo.—Límite de la autonomía del juzgador en la apreciación probatoria.—Qué presupone el error de derecho.— El ataque a la personalidad de los testigos es impropio en el recurso de casación.— No es dable alegar, a la vez, error de hecho y de derecho respecto de un mismo medio de prueba.—Por sentencia de 7 de junio de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones, adelantado por Ofelia García, como madre natural de su menor hijo Alfredo García, contra la sucesión de Alfredo Camacho Deogradt.—Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse* 132

BUENA FE.—*Constituye una cuestión de hecho que compete apreciar discrecionalmente al fallador de mérito.—Finalidad de la inscripción en el registro público.—Por sentencia de 7 de junio de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre nulidad de un contrato de permuta adelantado por Bernardo Robledo Uribe contra Marino Sarmiento Grajales.—Magistrado ponente: Doctor Enrique López de la Pava* 142

CAUSAL 6ª DE CASACION.—*Nulidades que pueden alegarse con apoyo en este medio de impugnación.—Carácter de los artículos 964 y 965 del C. Judicial.—Violación directa de la ley.—Error de hecho.—Por sentencia de 15 de junio de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el divisorio adelantado por Lucía Alvarado de Villabona contra Gabriel Peña Cáceres y otros.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán* 148

CALIFICACION PREVIA DE LA DEMANDA DE CASACION.—*Su objeto.—En el ataque por error de derecho en la ponderación de una prueba, debe señalarse la norma de la ley de pruebas que se supone infringida.—Por providencia de 16 de junio de 1966, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el ordinario de filiación natural adelantado por*

Ana de Jesús Carrillo de González (como madre de su menor hijo natural Juan Carrillo) contra la sucesión de Juan Pabón.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 153

CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR EN CASACION.—*El artículo 51 del Decreto 528 de 1964 no suspendió el traslado del avalúo a que alude el artículo 719 del C. Judicial.—Por providencia de 16 de junio de 1966, proferida en el ordinario sobre reforma de testamento, seguido por Julio Fajardo, como hijo natural de Gregorio Fajardo, contra María García vda. de Fajardo, como cónyuge sobreviviente de éste, se admite el recurso de hecho, y en consecuencia revoca el auto de 1º de marzo último, por el cual se denegó el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, y ordena que el Tribunal ponga en conocimiento de las partes el dictamen pericial.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada* 157

COMPETENCIA ACCESORIA O POR ATRACCION.—*El Juez de la causa mortuoria atrae e inhibe, temporalmente, al juez del domicilio convencional para conocer de las acciones que se promuevan contra la herencia.—Por providencia de 24 de junio de 1966, se declara que es competente para conocer del juicio ejecutivo seguido por Bernardo Ruiz B. contra la sucesión de Delio Granada, el Juez Municipal de Santa Rosa de Osos.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán* 159

SALA DE CASACION PENAL

DERECHO DE DEFENSA.—*Únicamente resulta violado el derecho de defensa cuando de manera absoluta, el enjuiciado no contó con la asistencia jurídica, o se le negó la facultad de aducir pruebas, o se le impidió alegar en su favor.—Con fecha 12 de abril de 1966, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, dictada en el proceso seguido a Pedro Gómez Bueno y otros.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barre-ra Domínguez* 162

DELITOS DE HOMICIDIO, ELEVADOS A LA CATEGORIA DE ASESINATO Y HOMICIDIO FRUSTRADO.—*Pruebas no procedentes en casación teniendo en cuenta el carácter y naturaleza de este recurso, ajeno al concepto de instancia.—En los juicios en que interviene el Jurado, no es pertinente la causal del ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.—Cómo debe entenderse el veredicto cuando son varios los delitos o varios los sindicados.—Calidad de veredicto contradictorio.—Con fecha 14 de abril de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Pedro Nel Vera Triana contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable de los delitos antes relacionados.—Magistrado ponente: Doctor Simón Montero Torres* 169

NO CABE DESIGNAR APODERADO DE OFICIO DEL PROCESADO DENTRO DEL RECURSO DE CASACION.—*La defensa del sindicado no sola-*

Páginas

Páginas

- mente es derecho de este, sino un presupuesto procesal dentro de la etapa del juzgamiento.—Pero el defensor de oficio que se designe, al tenor del Art. 433 del Código de Procedimiento Penal no puede sostener ante la Corte el recurso de casación, si no recibe poder especial de su asistido.—Con fecha 19 de abril de 1966 la Corte no accede a lo pedido por el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y dispone que se corra el traslado ordenado dentro del proceso seguido a Gonzalo Vides Cano.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 172*
- DERECHO DE DEFENSA.—NULIDAD CONSTITUCIONAL.—***La Corte no es el supremo árbitro de la calidad u oportunidad de la defensa.—Total inexistencia de defensa en el caso de autos.—Carencia de este presupuesto básico de la acción y el proceso penales.—Violación del art. 26 de la Carta Fundamental.—Con fecha 21 de abril de 1966 se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Guateque en el proceso seguido a Isidro Espitia Martínez como responsable del delito de lesiones personales.—Magistrado ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero 174*
- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.—EL SISTEMA DE LA CONVERTIBILIDAD DE PENAS.—INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 105, 45 Y 60 DEL CÓDIGO PENAL.—SANCION PARA EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA.—APLICACIÓN DEL ART. 112 DEL MISMO ESTATUTO.—***Con fecha 21 de abril de 1966 la Corte declara prescrita la acción penal en el proceso seguido a Hugo, a Vicente y a Guido Latorazza Stella como coautores de un delito continuado de abuso de confianza, cuyo recurso de casación se interpuso contra la sentencia de 19 de diciembre de 1962, del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera 177*
- SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA AL FALLO ANTERIOR 186**
- EN LOS ASUNTOS QUE DE CONFORMIDAD CON EL ART. 12 DEL DECRETO 528 DE 1964, CORRESPONDA CONOCER A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL EN PROCESOS QUE SE SIGAN A LOS JUECES SUPERIORES, LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA.—***Con fecha 22 de abril de 1966, la Corte se abstiene de resolver la apelación interpuesta contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá y las diligencias adelantadas al doctor Servio Tulio Pinzón por responsabilidad en el desempeño del cargo de Juez 1º Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 188*
- EL DERECHO DE DEFENSA, GARANTIZADO EN EL ART. 26 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.—***Es necesario garantizar al procesado la oportunidad legal para pedir pruebas.—Reposición del procedimiento a partir del auto de apertura a prueba.—Causal de casación del ord. 4º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.—Con fecha 25 de abril de 1966 la Corte invalida la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida a Gabriel Arcila como responsable del delito de estafa.—Magistrado ponente: Doctor Simón Montero Torres 189*
- NULIDADES.—***No todo descuido que ocurra en los procesos penales invalida lo actuado.—Violación del Derecho de defensa.—Actas de la audiencia pública e invalidación de las mismas.—Con fecha 27 de abril de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por Dagoberto Cubillos Morales, condenado por homicidio.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 191*
- COLISIÓN DE COMPETENCIAS.—GIRO DE CHEQUES.—DELITO DE ESTAFA.—***Con fecha 29 de abril de 1966 se dirime la colisión de competencias planteada entre el Juzgado 49 Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado 6º Penal Municipal de Barranquilla respecto al conocimiento del proceso seguido contra Hernán Hansen por el delito de estafa.—Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 195*
- RECURSO DE REVISIÓN.—***Con fecha 29 de abril de 1966 la Corte niega la revisión del proceso seguido contra Faiz Iza Trigueros, por el delito de robo.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 197*
- PROCESO VICIADO DE NULIDAD POR MENOSCABAR EL DERECHO DE DEFENSA EN FORMA ABSOLUTA Y PRETERMITIR LA ASISTENCIA DE CURADOR.—***Prosperidad de la causal de casación prevista en el ord. 4º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.—Nulidades en el sumario.—Juicio tramitado conforme al Decreto 0014 de 1955.—Correcta aplicación en cuanto al ord. 3º del art. 404 del C. P.—La Corte no es Juez de defensores.—La nulidad constitucional y el derecho de defensa.—Con fecha 2 de mayo de 1966 la Corte casa el fallo acusado proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida a Rafael Castro Mendoza y otros.—Magistrado ponente: Doctor Simón Montero Torres ... 200*
- HOMICIDIOS, HOMICIDIO FRUSTRADO Y VIOLACIÓN DE DOMICILIO.—***La pretermisión de la fecha en el Acta de posesión del defensor de oficio, no afecta en su esencia esa diligencia.—Defensa del acusado.—La solicitud de pruebas es "un acto meramente potestativo" del defensor "o de su cliente".—Supuesto error en la denominación jurídica de los hechos.—Veredictos del Jurado.—Acusación a la sentencia, en casación, con fundamento en el ord. 4º del art. 567 del C. de P. P.—Con fecha 4 de mayo de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Angelino Basto por los delitos antes expresados.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 205*
- EL PODER OTORGADO PARA ASUMIR LA REPRESENTACIÓN DE UNA PERSONA EN TODOS LOS TRÁMITES DEL PROCESO, SIN LI-**

- Páginas
- MITACION ALGUNA HASTA SU TERMINACION, COMPORTA LA FACULTAD NO SOLO DE INTERPONER EL RECURSO DE CASACION, SINO DE SUSTENTARLO ANTE LA CORTE.—Con fecha 5 de mayo de 1966 la Corte niega la solicitud formulada por el Procurador Primero Delegado en lo Penal con relación a la demanda de casación formulada por el doctor Hugo Flórez Espinosa, en representación del procesado Santos Ruiz Borda.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 207
- COMPLICE NECESARIO DEL DELITO DE PECULADO.—En qué consiste el factor tenencia.—La confesión según doctrina de los expositores de Derecho Procesal Penal.—Con fecha 11 de mayo de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Salim Barjum Aljure contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por el delito en referencia.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres .. 209
- ALCANCE Y LIMITES DEL FUERO CASTRENSE.—Ejercicios de la función jurisdiccional.—Agentes, órganos o jurisdicciones autorizados válidamente por la Constitución para ejercerla.—Jurisdicción militar.—La jurisdicción penal militar no tiene competencia para conocer de los delitos cometidos por quienes no son militares en servicio activo.—Incompatibilidad entre disposiciones del Código de Justicia Penal Militar y el art. 170 de la Carta.—La Corte ratifica su doctrina sobre aplicación preferente de normas de carácter constitucional a otros preceptos legales.—Sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Con fecha 11 de mayo de 1966 la Corte invalida la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso seguido a Miguel Angel Amaya Rodríguez y otros como responsables del delito de falsedad.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 213
- DELITOS DE FALSEDAD EN INSTRUMENTOS NEGOCIABLES Y ESTAFA, EN CONCURSO MATERIAL.—Autenticidad y categoría del instrumento público y del instrumento negociable.—Equiparación entre estos dos delitos, a tenor de lo dispuesto en el art. 233 del C. P.—La falsedad en instrumentos negociables participa del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos.—La cuantía, en los atentados contra la propiedad, no es elemento estructural de la infracción.—Teoría de la "absorción" del delito medio por el delito fin en la estructura del Código Penal.—Con fecha 13 de mayo de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Albán Home Truque contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por los delitos expresados.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 221
- REVISION EN MATERIA PENAL.—Fuerza de convicción del hecho nuevo o la prueba no conocida al tiempo de los debates para establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado.—Supuesto yerro en el trámite del proceso.—Las causales previstas en el art. 571 del C. de P. P. se refieren exclusivamente a persona que esté cumpliendo pena injusta por ser inocente.—Con fecha 27 de mayo de 1966 la Corte niega la revisión del proceso seguido a Víctor Antonio Caicedo Ceballos por el delito de robo.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 229
- ASOCIACION PARA DELINQUIR.—CONFESION EXTRAJUDICIAL.—Supuestos errores de hecho al apreciar el acervo probatorio.—Soberanía del fallador para estimar el grado de convencimiento de la confesión fuera de juicio.—Pena establecida para el delito de asociación para delinquir en los Decretos 1258 de 1965 y 2525 de 1963.—Indebida aplicación de la ley penal.—Imperativo de dar aplicación preferente a la "ley permisiva o favorable" aún cuando sea posterior al hecho que se investiga.—Con fecha 27 de mayo de 1966 la Corte invalida la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso seguido a Cupertino Calderón, Rafael Zúñiga y otros por el delito antes relacionado.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 232
- SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR 236
- RECURSO DE REVISION.—Retractación de testigos.—Examen crítico de las pruebas.—Con fecha 3 de junio de 1966 se niega el recurso de revisión interpuesto contra el fallo que condenó a Benito González Peña como responsable del delito de incendio.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 238
- LA CORTE NO PODRA TENER EN CUENTA CAUSALES DE CASACION DISTINTAS DE AQUELLAS QUE HAYAN SIDO ALEGADAS POR LAS PARTES.—Invocación de la causal prevista en el ord. 4º del art. 56 del Decreto 528 de 1964, con fundamento en el ord. 1º del mismo texto legal, en su aspecto de violación de la ley, generada en errónea apreciación de pruebas.—Con fecha 3 de junio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira por medio de la cual condenó a Gildardo López Giraldo como responsable del delito de homicidio en la modalidad de asesinato.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 240
- DELITO DE HOMICIDIO.—DERECHO DE DEFENSA.—Cargos por violación de los arts. 168 y 195 del C. de P. P. y supuesta nulidad procesal prevista en el numeral 2º del art. 198 ibidem.—Infundada acusación respecto de la aplicación de normas desfavorables al sindicado.—Circunstancias de mayor peligrosidad.—Mandatario.—Revocación de poder y constitución de nuevo mandatario.—Derecho de las partes a interponer los recursos que la ley concede.—Vigente de la ley nueva procedimental.—Causales de casación de los ords. 4º, 2º y 1º del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.—Con fecha 31 de mayo de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Tunja en la causa seguida a Juan Ortegón Ortegón por el delito
- Páginas

Páginas

Páginas

- mencionado.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 243
- RECURSO DE REVISION.—Con fecha 8 de junio de 1966 la Corte niega el recurso de revisión interpuesto por Rodrigo Muñoz Sarria contra la sentencia de la Gobernación del Departamento de Caldas como incurso en el estado de especial peligrosidad del numeral 28 del art. 7º del Decreto 0014 de 1955.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 254
- HOMICIDIO.—CAUSALES PREVISTAS EN LOS ORDS. 4º y 1º DEL ART. 567 DEL C. DE P. P.—*Veredicto y sentencia.—Nulidades del proceso penal.—Debate probatorio.—Cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, la sentencia puede casarse en función de la causal 1º.—Basta la presencia de una sola circunstancia de mayor peligrosidad para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción imponible.—La evaluación de la gravedad del hecho corresponde hacerla al juez sentenciador.*—Con fecha 10 de junio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Tunja que condenó a Ernesto Granados Ramírez y otro por el delito mencionado.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 268
- COLISION DE COMPETENCIA.—DELITOS COMETIDOS POR MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL.—APLICACION DEL ART. 1º DEL DECRETO 1752 DE 1965.—Con fecha 13 de junio de 1966 la Corte dirige la colisión suscitada al Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander por el apoderado de la parte civil en el proceso seguido al agente de policía Gabriel Berbesi por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 276
- CUESTIONARIOS PROPUESTOS AL JURADO.—SUPUESTA NULIDAD CONSTITUCIONAL.—COPARTICIPACION CRIMINAL.—FORMAS SEÑALADAS POR LA DOCTRINA.—EJECUTOR Y COMPLICE NECESARIO.—LA PARTICIPACION EXCLUSIVAMENTE INTELECTUAL CONSTITUYE UNA COMPLICIDAD NO NECESARIA CUANDO, DE ACUERDO CON EL ART. 20 DEL C. P., SE COOPERA A LA EJECUCION DEL HECHO DE MODO DISTINTO A LO PREVISTO EN EL ART. 19 DE LA MISMA OBRA.—Con fecha 14 de junio de 1966 se casa parcialmente el fallo impugnado proferido por el Tribunal Superior de San Gil en la causa seguida a Nazario Calvo de la Hoz como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 278
- CUANDO HAY LUGAR A NULIDAD CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS PENALES, POR QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA.—EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO NO ES PERTINENTE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—Con fecha 14 de junio de 1966 la Corte no invalida la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Buga en la causa seguida a Roberto Caldas Muriel como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 295
- DELITO DE FUGA DE PRESOS Y ROBO.—PRESUNCION DE INOCENCIA Y PRESUNCION DE VERACIDAD DE LA CONFESION LIBRE Y ESPONTANEA.—RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE COPARTICIPACION CRIMINOSA, EN LA EJECUCION DE UN DELITO.—SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY PENAL POR INDEBIDA APLICACION DE LOS ARTS. 19 DEL C. P. Y 2º DE LA LEY 4ª DE 1943.—DOSIFICACION DE LA PENA IMPONIBLE DE ACUERDO CON EL ART. 36 DEL C.P. MAS LAS ACCESORIAS PERTINENTES.—CAUSAL PREVISTA EN EL ORD. 2 DEL ART. 56 DEL C. DE P. P.—Con fecha 20 de junio de 1966 se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué dictada en el proceso que por los delitos antes mencionados se siguió a Oscar Gallego Ramos, Alfonso Carrigena y José Abel Montoya Gallego.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 299
- DELITOS CONEXOS "DE HOMICIDIO (PERFECTO E IMPERFECTO), LESIONES PERSONALES, ROBO Y VIOLACION DE DOMICILIO".—*Presunta violación de la norma procesal contenida en el art. 357 del C. de P. P.—Infundada acusación respecto a que el Tribunal ad-quem hubiera declarado la contra-evidencia de veredictos rendidos en la causa y ordenado suspender la decisión de los demás veredictos.*—Con fecha 22 de junio de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto a Guillermo o José Granario Cuartas López y otros por los delitos antes expresados, contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Pereira.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 305
- CONCURSO MATERIAL DE DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIO DE LA RAMA JURISDICCIONAL EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.—*El procesado violó el art. 231 del C. P., ord. 4º y el Decreto Extraordinario 1858 de 1951 art. 3º.—Aplicación del art. 33 del C. P.—La Corte declara prescrita la acción penal en relación con el delito de peculado, confirma las absoluciones respecto de delitos de "Falsedad en Documentos" y "abuso de Autoridad y otras infracciones" y lo condena como responsable de los restantes delitos de falsedad en documentos por los cuales fue también llamado a juicio por el Tribunal Superior de Pereira.*—Con fecha 23 de junio de 1966 así lo resuelve la Sala Penal de la Corte, con ponencia del H. Magistrado Doctor Julio Roncallo Acosta 310
- PRESUNTO ERROR ACERCA DE LA DENOMINACION JURIDICA DEL HECHO IMPUTADO.—*Delito genérico de homicidio.—Invocación de la nulidad prevista en el ordinal octavo del art. 198 del C. de P. P.—Imprudencia de la causal 4ª en juicio en que interviene el jurado.—Función de la causal 1ª alegada como principal.*—Con fecha 24 de junio de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Santos Ruiz Borda contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable del delito de homicidio.—Ma-

- gistrado ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera 322
- REVISION EN MATERIA PENAL.—*Demandas sin fundamento de derecho en que se apoya la solicitud de revisión del recurso interpuesto.—Imprudencia de éste por no ser una tercera instancia y por requerirse la demostración de alguna de las causales que señala el art. 571 del C. de P. P.*—Con fecha 25 de junio de 1966 así lo resuelve la Sala con ponencia del H. Magistrado doctor Antonio Moreno Mosquera 326
- ACLARACION DE LA SALA AL FALLO DE FECHA 10 DE JUNIO DE 1966.—*Con fecha 27 de junio de 1966 la Corte aclara su sentencia de 10 de junio citada, dictada en el recurso de casación interpuesto por Ernesto Granados Ramírez y otro en el proceso que por el delito de Homicidio los condenó el Tribunal Superior de Tunja.*—Magistrado ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera 327
- ACTUACIONES FUNDAMENTALES EN LA ESTRUCTURA DE JUICIOS QUE SE VENTILAN CON INTERVENCION DEL JURADO.—*Agravante específica prevista en el ord. 5º del art. 363 del C. P.—La respuesta afirmativa del juri y el móvil del delito.—Consonancia entre la sentencia impugnada y el veredicto.*—Con fecha 30 de junio de 1966 no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Parmenio Bernal Arias como responsable de homicidio.—Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 328
- HOMICIDIO CALIFICADO DE ASESINATO.—*Juicio adelantado con las formalidades que le son propias.—El edicto emplazatorio y la notificación personal.—La omisión de los "considerandos" y "Resultandos" no está erigida en causal de nulidad por los artículos pertinentes del C. de P. P.—Supuesta violación de los arts. 429 y 431 (numeral 2º) de la misma obra.—No hay diferencia práctica entre el cómplice necesario y el coautor o codelincuente.—Ineficaz impugnación a la sentencia por discordancia entre el auto de proceder y el cuestionario del Jurado.—Veredicto afirmativo basado en pruebas demostrativas de la responsabilidad.*—Con fecha 30 de junio de 1966, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga que condenó a Manuel Salvador Hernández Gallego como responsable del delito antes expresado.—Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Zambrano 334
- SALA DE CASACION LABORAL
- RECURSO DE HOMOLOGACION.—*Inexequibilidad parcial del art. 41 del fallo arbitral que dirimió el conflicto surgido entre la Colombian Petroleum Company y el Sindicato de Trabajadores de la misma.—Exequibilidad de las demás disposiciones del laudo acusado.*—Con fecha 15 de abril de 1966 así lo resuelve la Sala de Casación Laboral, con ponencia del doctor Adán Arriaga Andrade 345
- VIOLACION DIRECTA DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA PRIMA DE SERVICIOS, LAS VACACIONES Y LA CESANTIA.—*Condena a la demandada por concepto del saldo correspondiente a la reliquidación de las prestaciones antes enumeradas.—Pretendida violación indirecta, por falta de aplicación, del art. 65 del C. S. T.*—Con fecha 25 de abril de 1966 la Corte casa la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Trabajo de María Elena Castañeda contra Margarita Cuéllar.—Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 358
- CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.—*Presunción que consagra el art. 24 del C. S. T. y presunción simplemente legal.—Cuándo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo.—Acusación planteada por vía indirecta respecto de indemnización moratoria, vinculada a cuestiones de hecho.—Demanda con apoyo en la causal primera de casación laboral.—Cargos por error de hecho, error de derecho, y por infracción directa de la ley, en la modalidad de aplicación indebida.—Condena por cesantía, vacaciones y prima de servicios.*—Con fecha 26 de abril de 1966 se casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral promovido por Rubén Olarte contra Federico García.—Magistrado ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade ... 363
- INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION POR NO SATISFACER EL MINIMO DE LA CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR QUE EXIGE EL ARTICULO 59 DEL DECRETO NUMERO 528 DE 1964.—*Con fecha 26 de abril de 1966, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto por José Resurrección de Jesús Achury contra Adonías Jiménez Cortés.*—Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo 371
- INADMISIBILIDAD DE RECURSO DE CASACION POR NO HABER SIDO INTERPUESTO POR PERSONA HABIDA.—*Con fecha 27 de abril de 1966 no se admite el recurso extraordinario de casación interpuesto por Ana Saturia Alfonso Triana contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de casación seguido por la recurrente contra el fallo del H. Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 373*
- TECNICA DE CASACION.—*Demanda sin los requisitos necesarios exigidos por el art. 63 del Decreto 528 de 1964.—Las normas legales señaladas como infringidas deben constituir una proposición jurídica completa.—Recurso declarado desierto.*—Con fecha 27 de abril de 1966 se declara desierto el recurso de casación interpuesto por Angel Alberto Londoño Lozano contra la Sociedad Carlo Erba de Colombia, respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 374
- TECNICA DE CASACION.—*La sola acusación de preceptos adjetivos o de derecho probatorio no da lugar al recurso de casación.—La Corte reafirma su tesis respecto de que los preceptos señalados como infringidos, deben constituir una*

- proposición jurídica completa*.— Con fecha 28 de abril de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral seguido por Jesús A. Pérez contra José Ignacio Franco.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 377
- TRABAJO REMUNERADO EN DOMINGOS Y DIAS DE FIESTA.**—*Omisión del demandante al no citar la norma especial que consagra el derecho que reclama.*—*En casación es indispensable establecer la ostensible contradicción entre el efecto valorativo de la prueba y la realidad procesal.*—Con fecha 29 de abril de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario laboral promovido por Manuel A. Valbuena contra Distribuidora Bavaria S.A.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 379
- RELACION DE DERECHO PUBLICO ENTRE TRABAJADORES A JORNAL DE GRANJA AGRICOLA DEPARTAMENTAL Y ESTA ENTIDAD.**—*Exigencias técnicas del recurso extraordinario de casación.*—*Acusación por vía indirecta, a través de errores de hecho.*—*Inadmisibles confusión de dos conceptos antitécnicos de la infracción.*—*Interpretación y alcance de los tres casos de excepción previstos en el art. 4º del Decreto 2127 de 1945.*—Con fecha 4 de mayo de 1966, no se casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio laboral promovido por Pedro Villarreal contra el Departamento del Magdalena.—Magistrado ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade 384
- PENSION VITALICIA DE JUBILACION.**—*Pretenidos errores de hecho.*—*Anotaciones jurídicas al fenómeno de la transacción en el campo civil y en el laboral.*—*En el proceso laboral no rige la tarifa legal de pruebas y el Tribunal es libre en la formación de su convencimiento.*—*Cuantía de la pensión por despido después de quince años de servicios, conforme a la legislación vigente cuando se causó el derecho.*—*Violación de los arts. 260 y 267 del C. S. del T.*—Con fecha 16 de mayo de 1966 se casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio laboral seguido por José Vicente Guerrero Enciso contra el Instituto Farmacológico Colombiano Ltda.—Proyectó: doctor Manuel Vicente Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral 389
- TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR GRAVE INDISCIPLINA DE TRABAJADOR AL SERVICIO DE LAS EMPRESAS UNIDAS DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA.**—*Carácter oficial de los trabajadores de esta Empresa.*—*El precepto del art. 64 del C. S. del T. es inaplicable a la generalidad de las vinculaciones laborales de empresas oficiales.*—*Potestad patronal para sancionar al subalterno, aún con el despido, por indisciplina en el desarrollo de las relaciones de trabajo.*—Con fecha 23 de mayo de 1966 no se casa el fallo recurrido dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Héctor Vargas Archilla contra la Empresa antes nombrada.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 397
- NATURALEZA DEL CONTRATO.—INDEMNIZACION POR MORA.**—*Vinculación laboral regida por contrato de trabajo en virtud de la presunción legal instituida en el art. 24 del C. S. T.*—*La participación de utilidades como tipo de retribución, no es incompatible con el contrato de trabajo donde la ley lo reconoce como modalidad salarial.*—*Cuándo hay lugar a error de derecho en la casación del trabajo.*—*Omisión del impugnante al no indicar como infringidas las normas de derecho sustancial que el fallador aplicó.*—*Cuando se trata de salarios variables, su promedio debe servir para la sanción moral.*—Con fecha 23 de mayo de 1966 no se casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio laboral de Gustavo Manrique contra Carlos Eduardo Cárdenas Jiménez.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 400
- PENSION ESPECIAL DE JUBILACION.**—*Pensión después de quince años de servicio.*—*Presupuestos para adquirir el derecho a la pensión plena.*—*Acusación sin fundamento en el error de hecho.*—Con fecha 23 de mayo de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario de trabajo promovido por Alfredo Lugo contra la Empresa "Fábrica Filta S.A.".—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 406
- CESANTIAS, VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS Y DESCANSO EN DOMINICALES Y FESTIVOS.**—*Condensa en este sentido a patrono por servicios prestados por trabajador de la construcción.*—*Impugnación a la sentencia con base en la causal primera del art. 87 del C. P. T.*—*Apreciación del acervo probatorio aportado al proceso.*—*Carácter de la relación laboral entre trabajadores y ayudantes de una misma obra.*—Con fecha 25 de mayo de 1966 se casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral seguido por Javier González contra Antonio Valencia.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 409
- ERROR EVIDENTE DE HECHO DE LA CORPORACION SENTENCIADORA RESPECTO DE LA CUANTIA DEL SALARIO QUE SIRVIO DE BASE PARA LIQUIDAR LAS PRESTACIONES SUPPLICADAS.**—Con fecha 26 de mayo de 1966 la Sala Laboral casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Elena Torralva Moreno contra Benjamín Pachón Balcázar.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 417
- TECNICA DE CASACION.—REQUISITOS ESENCIALES DE LA DEMANDA PREVISTOS EN EL ART. 90 DEL C. P. L.**—*Impugnación inaceptable en sede de casación por omitir lo fundamental para el recurso.*—*Elementos clásicos del vínculo laboral a que se refiere el art. 23 del C. S. T.*—*Pruebas.*—*Su estimación.*—Con fecha 27 de mayo de 1966 no se casa el fallo recurrido dictado por el Tribunal Superior de Quibdó en el juicio laboral iniciado por Abel Domínguez contra Adriano Rivas López.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 421

- Páginas Páginas
- INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE CAUSADO POR LA RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.**—*Ineficacia de las pruebas aportadas para acreditar la separación o expulsión del trabajador del Sindicato.—Trabajador amparado por la Convención que suspendió la vigencia de la cláusula de reserva.—"Atribución exclusiva" de la Asamblea Sindical en cuanto a la expulsión de sus afiliados.*—Con fecha 27 de mayo de 1966 no se casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral instaurado por Hernando Urrea Pardo contra la Compañía Croydon del Pacífico.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 423
- CONTRATO VERBAL DE TRABAJO.**—*La labor de vigilancia implica una "actividad personal del trabajador" y está excluida de la jornada máxima legal a tenor de lo contemplado en el art. 162 del C. S. T.—El derecho laboral permite la coexistencia de varios patronos respecto de un mismo trabajador.—Supuesta violación de los arts. 2º del Decreto 2214 de 1965 y 65 y 129 del C. S. T.—El salario mensual como base para liquidar las prestaciones sociales.*—Con fecha 27 de mayo de 1966 no se casa la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral seguido por Enrique Ríos contra Gerardo Franco.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 427
- BENEFICIARIOS DEL SEGURO DE VIDA.—CUANDO ESTA OBLIGADA LA EMPRESA A PAGARLO.—SUPUESTO ERROR DE DERECHO EN LA CASACION DEL TRABAJO.**—Con fecha 27 de mayo de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio laboral adelantado por Carlos Julio Aguilera Paternina y otros contra la Empresa denominada Remolcadores Riomar Ltda.—Proyectó: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía, Auxiliar de Casación Laboral 432
- DERECHOS CIERTOS E INDISCUTIBLES DEL TRABAJADOR RESPECTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES.**—*Trabajador demandante contratado por simple intermediario del patrono beneficiario de la obra ejecutada.—Responsabilidad solidaria de obligaciones emanadas del vínculo laboral.—Técnica del recurso de casación.—Supuestos errores de hecho y de derecho.—Adquisición del dominio de inmueble por el modo de la accesión que consagra el Código Civil.—Perjuicios indemnizatorios por mora.—Desde cuándo empieza a correr la sanción prevista en el art. 65 del C. S. T.—Pago de las condenas por concepto de prestaciones.*—Con fecha 31 de mayo de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral seguido por Pedro Pablo Galeano Henao contra la "Compañía Agrícola Santana de Urabá, Ltda."—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 434
- SERVICIOS MEDICOS, FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS. — INTERPRETACION DEL ART. 277 DEL C. S. T.**—Con fecha 3 de junio de 1966 la Corte casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio laboral adelantado por Carlos Herrera Sánchez contra Cine Colombia, S.A.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 443
- FENOMENO JURIDICO DE LA PRORROGA AUTOMATICA SOBRE EL CONSENTIMIENTO TACITO DE LOS CONTRATANTES.**—*Interpretación y alcance de los arts. 47 y 49 del C.S.T.—El consentimiento mutuo como medio de extinguir el contrato de trabajo a tenor del literal c) del art. 61 del C. S. T.—Los términos "renuncia" y "denuncia" como medios unilaterales de terminar la relación laboral.*—Con fecha 3 de junio de 1966 la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Eduardo Hoyos Palacio contra los Almacenes Generales de Depósito del Comercio (Almadelco).—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 446
- VIOLACION DEL CONTRATO DE TRABAJO EN SU DURACION PRESUNTIVA.**—*Condena patronal por cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicio, descansos dominicales, reajuste de salarios e indemnización por mora.—Cargos contra el proveído del Tribunal con base en la causal primera del art. 87 del C. S. T.—Con fecha 6 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario laboral instaurado por Luis Emilio Franco Zapata contra Francisco Mejía.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 453*
- DENEGACION DE RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO PROFERIDA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA.**—Con fecha 8 de junio de 1966 la Sala decide que estuvo bien denegado por el Tribunal de Barranquilla el recurso de casación interpuesto en el ordinario laboral por el doctor Benjamín Cubas Tatis contra la señora Gloria Monroy Gutiérrez.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau .. 457
- AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL Y TRATAMIENTO MEDICO, QUIRURGICO Y HOSPITALARIO.**—*El concepto en capacidad solo puede justipreciarlo el médico que estudia el caso particular con miras a determinar el origen y la naturaleza de la enfermedad.*—Con fecha 8 de junio de 1966 se casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por Alfonso Bernal de Castro contra la Sociedad "Bavaria, S.A."—Proyectó: doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 459
- LA CORTE DECLARA BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ARMENIA, CON BASE EN LA CUANTIA DEL INTERES PARA RECURRIR, A QUE SE REFIERE EL PRECEPTO DEL ART. 59 DEL DECRETO 528 DE 1964.**—Con fecha 10 de junio de 1966 así lo resuelve la Corte, con ponencia del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau 470

Páginas

Páginas

- ERROR PROTUBERANTE DE HECHO.**—Presunción legal del contrato de trabajo.—Cesantía y prima de servicios.—Estimación de las pruebas por el juzgador laboral.—Pretendida infracción del art. 65 del C.S.T.—Con fecha 13 de junio de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio laboral seguido por Gabriel Romero contra Margot Latorre y otro.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 472
- DOMINICALES Y FESTIVOS, REAJUSTE DE CESANTIA, PRIMAS DE SERVICIO.**—Con fecha 13 junio de 1966 se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario laboral promovido por Alberto Parada Carrillo contra Gonzalo S. Galvis.—Proyectó: doctor Manuel V. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral 479
- INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO.**—Impugnación a la sentencia del ad-quem por causas de errores de hecho.—Con fecha 14 de junio de 1966 no se casa la sentencia, recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario laboral adelantando por Alberto Fandiño M., contra la Sociedad Ingeniería del Caribe Ltda. "Incaribe".—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 486
- INTERPRETACION QUE DEBE DARSE AL DECRETO 528 DE 1964 EN SU ART. 59.**—La Corte declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra sentencia del Tribunal Superior de Medellín.—Con fecha 16 de junio de 1966 así lo resuelve la Corte respecto del ordinario laboral promovido por Judith García de Londoño contra Gregorio Vélez.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 491
- TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RUPTURA UNILATERAL DEL MISMO.**—Interpretación y alcance del art. 64 del C.S.T.—Con fecha 16 de junio de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Víctor E. Vargas contra el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araujo Grau 493
- EL ELEMENTO SUBORDINACION COMO REQUISITO ESENCIAL PARA CONFIGURAR EL CONTRATO DE TRABAJO.**—Con fecha 20 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario laboral adelantado por Gilberto Henao contra la Sociedad Anónima denominada "Cine Colombia, S.A.".—Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 497
- JUSTA CAUSA DE TERMINACION DEL CONTRATO SIN PREVIO AVISO.**—Aplicación del numeral 7º del art. 62 del C. S. del T.—Cuando el motivo de la sanción justifica la extinción del contrato por mandato legal, constituye "justa causa" para que el contrato de trabajo se dé por terminado.—Plena buena fe patronal en el despido a que se refiere el caso de autos.—Sanción privativa de la libertad por la comisión de un delito.—Con fecha 22 de junio de 1966 casa totalmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral de Eladio Arango Ochoa contra la Empresa "Arrocera Central Ltda.".—Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 502
- EXCEPCION A LA REGLA GENERAL SOBRE CESANTIA.**—Aplicación a la regla general contenida en el art. 249 del C.S.T.—Presunto error de hecho en la apreciación probatoria.—Con fecha 22 de junio de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario-laboral promovido por Edgar Morales Marulanda contra Alfonso Jaramillo Cortés.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 508
- PAGO DE INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO OCASIONAL.**—Sentencia acusada por aplicación indebida de los arts. 6º, 223, ord. b), 251 y 306 del C. S. T. y por no aplicación de los arts. 65, 204, ord. 1º y 2º, lit. b), 219, ord. 3º, 249 y 306 de la misma obra, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de pruebas.—Relación laboral entre demandante y propietario de bus afiliado a empresa de transporte.—Solidaridad entre el dueño del bus y la empresa, por estar rigiendo el art. 15 de la Ley 15 de 1959 cuando el demandante trabajó y sufrió el accidente.—Carácter de trabajador accidental o transitorio en el cargo de "relevador".—Prestaciones sociales a que tiene derecho esta clase de trabajadores.—Con fecha 23 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario laboral promovido por Gustavo Beltrán Reyes contra la Empresa de Transportes Rápido Tolima S.A. y Ramona Murillo v. de Orjuela.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araujo Grau 511
- CONTRATO DE TRABAJO.**—Pruebas sobre el capital de la empresa demandada.—Auxilio por enfermedad no profesional, primas de servicio, cesantía y preaviso.—Correcta aplicación de la norma contenida en el art. 64 del C.S.T.—Con fecha 25 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario laboral de Luis Alfonso García P., contra Efrén Molina.—Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 515
- ACCIDENTE DE TRABAJO.—TECNICA DE CASACION.**—Con fecha 27 de junio de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, dictada en el juicio ordinario laboral adelantado por Bertha Mejía v. de Cotes y otros contra la Compañía Frutera de Sevilla, S.A.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 519
- RELACIONES DE MUTUA AMISTAD ENTRE LAS PARTES SIN QUE PUEDA CONFIGURARSE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRA-**

Páginas

Páginas

BAJO.—Elementos constitutivos de éste.—Examen del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la decisión del Tribunal.—Presunta violación indirecta de la ley sustantiva laboral, por aplicación indebida, por mala apreciación de pruebas y por prescindencia de las mismas.—Con fecha 28 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral promovido por Aurelio Arenas Rodríguez contra Evangelina Ortega v. de Rodríguez y otra.—Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 523

CONTRATO DE TRABAJO CUYA REMUNERACION NUNCA FUE DEMOSTRADA, EN SU CUANTIA, EN EL CURSO DEL JUICIO.—Con fecha 28 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral instaurado por Firmino Vaglianti contra Celso Bohórquez.—Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 527

PRUEBAS.—Presunto error de hecho respecto de la apreciación del Tribunal ad-quem, del material probatorio aportado al juicio.—Buena fe patronal que justifica la mora de la empresa demandada en el pago de las deudas laborales.—Interpretación del art. 65 inciso 2º del C. S. del T.—Técnica del recurso.—Con fecha 30 de junio de 1966 no se casa la sentencia recurrida, dictada en el juicio laboral promovido por Carlos Julio Rubiano contra la "Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda.", por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 531

PRESUNCION DE QUE TODA RELACION DE TRABAJO PERSONAL ESTA REGIDA POR CONTRATO DE TRABAJO.—VIOLACION DIRECTA DE LA LEY POR APLICACION INDEBIDA.—Con fecha 28 de junio de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Lisandro Ochoa Prado contra J. Glottman S. A.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 534